

جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

أحكام الحضانة وإثبات النسب
(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي)

إعداد الطالب

عبدالله حاج يعقوب صبري بن داود

إشراف

الأستاذ الدكتور عبدالله مصطفى الفواز

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا

استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير في الشريعة قسم الفقه وأصوله

جامعة مؤتة، 2012

بسم الله الرحمن الرحيم



MUTAH UNIVERSITY
Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم (14)

قرار إجازة رسالة جامعية

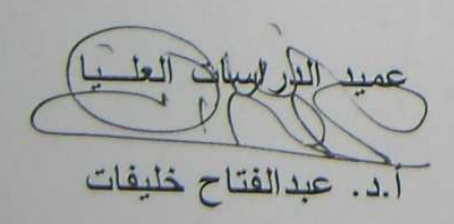
تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالب عبدالله حاج يعقوب بن داود الموسومة بـــ:

أحكام الحضانة واثبات النسب دراسة مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في **الفقه وأصوله.**

القسم: الفقه واصوله.

	التوقيع	التاريخ	
أ.د. عبدالله مصطفى الفواز		2012/05/06	مشرفاً ورئيسا
أ.د. عبدالحميد ابراهيم المجالي		2012/05/06	عضواً
أ.د. علي محمود الزقيلي		2012/05/06	عضواً
د. أنس مصطفى ابو عطا		2012/05/06	عضواً



عميد الدراسات العليا
أ.د. عبدالفتاح خليفات



MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail: dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo
http://www.mutah.edu.jo/gradest/derasat.htm

مؤته – الكرك – الاردن
الرمز البريدي :61710
تلفون :03/2372380-99
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694
البريد الالكتروني
الصفحة الالكترونية

الإهداء

إلى روح والدي العزيز الذي كان لي منه شرف الرعاية والتعليم.

وإلى والدتي الحبيبة التي كان لي منها شرف التربية والحنان.

إلى إخواني وأخواتي الأعزاء الذين كانوا لي منهم الدعم في الدراسة.

وإلي كل من شاركني حياتي إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع.

عبدالله حاج يعقوب صبري بن داود

الشكر والتقدير

إني أتوجه إلى الله عز وجل بالشكر أولاً وآخراً على ما تفضل به عليّ من نعم عظيمة لا تعد ولا تحصى، أشكره سبحانه وتعالى أن وفقني وأمدني بقوة تمكنت بها من إعداد هذا البحث حتى يخرج على هذا النحو.

ثم أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان لأستاذي الفاضل فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالله مصطفى الفواز عميد كلية الشريعة الإسلامية الذي قبل الإشراف على هذه الرسالة، فأمدَّني بالتوجية الإرشاد والنصيحة حتى جاءت هذه الرسالة على ما هي عليه فجزاه الله خير الجزاء وأن يبارك له في عمره وعلمه وعمله، وأنه نعم المجيب.

كما أتقدم بالشكر إلى فضيلة الدكتور خالد بني أحمد رئيس قسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة الإسلامية السابق الذي تفضل بقبول الإشراف-أولاً-على هذه الرسالة، وكانت له اللمسات القيِّمة في إعداد الخطة، جزاه الله خير الجزاء.

وأتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة، كما أسال الله تعالى أن يجزيهم خير الجزاء.

وأتقدم بالشكر إلى جامعة مؤتة ممثلة بكلية الشريعة الإسلامية من جميع أستاذتي وجميع العاملين فيها، جزاهم الله تعالى خيراً.

وأتقدم بالشكر إلى كل من ساعد في إخراج هذه الرسالة، فجزاهم الله تعالى خيراً.

عبدالله حاج يعقوب صبري بن داود

فهرس المحتويات

قائمة الملاحق

الملخص

أحكام الحضانة وإثبات النسب
(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي)

عبدالله حاج يعقوب صبري بن داود
جامعة مؤتة، 2012

هذه دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإسلامي في تايلند لموضوع الحضانة وإثبات النسب، وقد اشتملت هذه الرسالة على أربعة فصول ثم الخاتمة والتوصيات.

وتم بحث تاريخ تشريع القانون الاسلامي في الاحوال الشخصية والمواريث في تايلاند، ونظام المحاكم في الحاضر.

وتناولت الدراسة الحضانة من حيث مفهومها وهي رعاية الصغير غير القادر على القيام بشؤون نفسه، وأن غاية الحضانة هي تنشئة المحضون تنشئة سليمة جسدية وفكرية وايمانية، ولذا لابد فيمن يتولى الحضانة أن تتوافر فيه الصفات التي تؤهله لهذه الغاية من العقل والقدرة الجسدية والأمانة والخلق السليم وغيرها.

وتناولت الدراسة أحكام النسب من حيث مفهومه وأهميته حيث يُعد أحد الضرورات الخمس وأنه يثبت بالدليل القاطع والدليل الظني وكذا بالوسائل المعاصرة إذا تمت بظروف صحيحة كأمانة العاملين في المختبرات العلمية ودقة الأجهزة.

Abstract

Provisions of the custody and paternity
(A comparative study between Islamic jurisprudence and Islamic Thai law)

Abdullah Haji Yacoub Sabri bin Daoud
Mutah University, 2012

This is a comparative jurisprudence study in Islamic jurisprudence and Islamic personal law in Thailand to the issue of custody, paternity, this study have included four chapters, conclusion and recommendations.

The date of the enactment of Islamic law in personal status and inheritance in Thailand was discussed, and the court system in the present.

The study examined the nursery in terms of the concept which is a care of little who is unable to carry out his affairs, and that the goal of nursery is the upbringing of the custody physical, intellectual and faith in good manner, thus, one who takes custody must be meets the qualities that qualify him for this purpose like the mind, physical ability, honesty and character, good behavior and other .

The study examined the provisions of the ratios in terms of the concept and its importance, where it is one of the five essentials and it is proved beyond conclusive and presumptive evidence, as well as contemporary means if were done in correct conditions, as well as workers in the scientific laboratories and the accuracy of the devices.

الفصل الأول
الإطار النظاري للدراسة

1.1 مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله الأمين وأصحابه أجمعين وبعد :

فإن الأسرة هي اللبنة الأولى والأساسية في المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع كله وإذا فسدت فسد المجتمع كله، ولذا أولى الإسلام الأسرة عناية كبيرة وفرض لها ما يكفل سلامتها وسعادتها فاعتبر الإسلام الأسرة مؤسسة تقوم على الشراكة بين اثنين المسؤول الأول فيها الرجل لقوله تعالى : ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ**﴾{**النساء الآية**:34} وجعل الإسلام لكل من الشريكين حقوقا وعلى كل من الشريكين واجبات، فقال تعالى : ﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾{**البقرة، الآية**:228} وقال النبي صلى الله عليه وسلم : ((**ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا**))[1]، ونعلم أنه من أهم الأغراض من الزواج التوالد والتناسل فالأولاد هم ثروة العلاقة الزوجية ولقد منحتهم الشريعة الإسلامية حقوقا مختلفة أهمها : الحضانة وثبوت النسب، ثبوت نسبهم فقد عني الشارع الحكيم بالنسب ونظمه وأرسى قواعده حفاظا له من الفساد والاضطراب وجعله النعم التي أمنى على عباده.

وأحكام الحضانة؛ وهو القيام يحفظ من لا يميز ولا يستقل بامره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه فحفظ الصغير واجب شرعي يجب على الكبير القيام به، لأن عدم حفظ الصبي ضياع له وفتح الباب امام أهل الشر باستغلاله وإغوائه.

---

(1) الترمذي، محمد بن عيسى(ت.279هـ)، سنن الترمذي، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض–السعوية، د.ت، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة، حديث رقم :3087، ص692؛ تحقيق الألباني وقال : هذا حديث حسن صحيح، أنظر : الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الترغيب والترهيب، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، 1421هـ–2000م، ج2، ص411.

2.1 مشكلة الدراسة :

تتمحور هذه الدراسة حول موضوع مهم في اطار فقه الأحوال الشخصية وقوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية ومنها الأقليم المسلم في دولة تايلند حيث يستقي قانون الأحوال الشحصية في تايلند كثيراً من أحكامه من الشريعة الإسلامية، وقد جاءت الدراسة للاجابة على التساولات الآتية :-

1. كيف راعى الشرعي في حقوق الصغير وكيف يثبت نسب الأولاد؟
2. ما مدى مراعاة قانون الأحوال الشحصية التايلندي لكفالة الصغير ورعايته وطرق إثبات النسب؟
3. ما شروط الحاضن، وطبيعة حق الحضانة؟
4. ما أوجه تأثر قانون الاحوال الشخصية التايلندي في الحضانة والنسب بالمدارس الفقهية الإسلامية؟
5. ما مدى حجية الأخذ بالوسائل الحديثة في إثبات النسب؟

3.1 أهمية الدراسة :

تظهر أهمية هذه الدراسات في الأمور والجوانب الآتية :-

1. تتحدث هذه الدراسة عن موضوع حيوي له صلة بأهم خلية من خلايا المجتمع وهي الأسرة، وذلك من ناحية الجانب الموضوعي لحقوق الصغير، ألا وهو حق الحضانة، والنسب.
2. إن هذه الدراسة اهتمت باستقراء عناصر الالتقاء والإختلاف بين قانون الاحوال الشخصية في تايلند والفقه الاسلامي مع تعين المذهب الفقهي وأسس البناء عليه في القضايا المعروضة في هذه الدراسة والمقارنة المنهجية التي تبرز المفهوم والأحكام والأثار في كل المسائل التي تدرس تطبيقاً في هذه الدراسة.
3. إن هذه الدراسة جاءت لتسهم في وضع تصور شامل بين يدي مقنني قانون الأحوال الشخصية في تايلند ومدى موافقتهم ومفارقتهم للفقه الإسلامي، وبيان التصور الأقرب إلى الفقه الإسلامي للافادة منه في التعديلات القادمه.

4.1 أسباب إختيار الموضوع :

إن من أهم أسباب اختيار هذا الموضوع أنه موضوع فقهي وحقوقي معاصر، وفيما يلي محاولة لرصد ابرز الاسباب التي دفعت إلى إختيار هذا الموضوع :-

1. إن حقوق الصغير من الكثرة والسعة بمكان، بحيث تشكل ضرورة تلجيء إلى استخلاص معاييرها وأصنافها في ضوء دراسات الفقهاء والقانونين.
2. الرغبة في استخلاص العناصر المضيئة للمنهج الاسلامي في حفظ حقوق الصغير وفق دراسة علمية تعمل على ردم الهوة بين القانونيين وبين الفقه الاسلامي، بما يمكنهم من الاستفادة من هذا الفقه.

5.1 أهداف الدراسة :

من الأهداف التي ترمي اليها هذه الدراسة :-

1. بيان الحقوق المتعلقة بالصغير ورعايته، وبيان إثبات النسب التي نص عليهما القانون وبيان مدي اتفاقها مع الشريعة الغراء والمذاهب الفقهية.
2. التعرف على الفروق المتعلقة بحقوق الصغير بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية في تايلند.
3. الإسهام في دفع مسيرة الأسرة نحو الخيرية والسعادة والحياة الفضلى من خلال تثبت الأحكام الشرعية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في تايلند.
4. إبراز مكانة الشريعة الاسلامية وسموها في معالجتها لقضايا الحياة ومنها الاسرة.

6.1 الدراسات السابقة :

لقد تعددت الدراسات التى تتمدت عن أحكام النسب والحضانة، منها :

1. السرطاوي، (1417هـ-1997م)، شرح القانون الأحوال الشخصية الأردني.
2. الرواشدة، (1997م)، كفالة الأطفال بعد الإنفصال.
3. السندي،(1429هـ)، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال(مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية).

4. عبدالله، (2003م)، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية.
5. المرزوقي، (1421هـ- 2000م)، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة.

وكل هذه الدراسات وغيرها لم تتعرض للقانون التايلندي، فجاءت هذه الدراسة لبيان أحكام الحضانة والنسب في القانون التايلندي.

7.1 منجهية الدراسة :

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي، وذلك بعرض الأراء الفقهية من المذاهب الأربعة في مسائل وبيان أدلتهم التى استندوا إليها ومناقشتها والترجيح بين هذه الأقوال تبعاً لقوة الدليل وظهوره، ثم استعرض القانون الإسلامي التايلندي ومدى موافقته لأي من المذاهب الفقهية.

الفصل الثاني

قانون الأحوال الشخصية التايلندي"القانون الإسلامي" ماهيته وتطوره التاريخي

1.2 تاريخ تشريع القانون الإسلامي في الأحوال الشخصية والمواريث في تايلاند:

إن قانون الاحوال الشخصية والمواريث المطبق في المحافظات الجنوبية الأربعة(هي فطاني، جالا، ناراتيوات، ستون) صدق به أول مرة في سنة 2444بوذية(1901م.)، والمسمى بـ(قانون إدارة الولايات سبعة لسنة 120 من مملكة راتنا كوسين)، والسبب في تسمية الولايات سبعة هو الولايات التي تابعة لاقليم (ناكون سري تمارات) وهي :

1. ولاية تاني أي محافظة فطاني حاليا.
2. ولاية نونج جك أي منطقة نونج جك في محافظة فطاني حاليا.
3. ولاية يارينج أي منطقة يارينج في محافظة فطاني حاليا.
4. ولاية ساي بوري أي منطقة ساي بوري في محافظة فطاني حاليا.
5. ولاية جالا أي محافظة جالا حاليا.
6. ولاية رامن أي منطقة رامن في محافظة جالا حاليا.
7. ولاية راغي أي منطقة راغي في محافظة ناراتيوات حاليا.

ويتكون القانون من 32 مادة ، والمعلن في مجلة القانون تاريخ 10 ديسمبر لسنة 120 مملكة راتناكوسين(1901م.)، ووقعه (دمرونج راجا نوباب) وزير الداخلية.

1.1.2 قانون المحاكم :

المادة 30 : يطبق في الولايات قانون محاكم أقاليم سنة 114 راتناكوسين، إلا كلمة (محكمة إقليم) تعني (محكمة ولايات)، وكلمة (والي إقليم) تعني (والي ولايات)، وفي تعيين قضاة الولايات السبعة يطبق فيها المادة 10 من قانون محاكم إقاليم سنة 114 مملكة راتناكوسين

ولوزير الداخلية صلاحية التعيين بعد ترشيح أسماء من قبل والي ولايات، وبعد موافقة إرادة ملكية.

المادة 31 : صنفت المحاكم الى 3 درجات.

1. محكمة إقليم.
2. محكمة ولاية.
3. محكمة منطقة.

وينصب قضاة لتلك المحاكم لفصل الخصومة كما هو مبين في القانون.

المادة 32 : يطبق في الولايات قانون الجنائي الموحد، وأما في احوال شخصية فينظر فإن كان أحد أطراف الخصومة أو كلاهما مسلمين فيطبق فيه الشريعة الاسلامية، ويعين القاضي لتنفيذ أحكام الشريعة الاسلامية.

وفي سنة 125 مملكة راتناكوسين(2449 بوذية)(1906م.) صدرت الارادة السامية بتحويل ولايات سبعة الى (إقليم فطاني) ويقسم اداريا الى 4 محافظات :

1. ولاية تاني، ويارينج، ونونج جك تكون محافظة فطاني.
2. ولاية ساي بوري تكون محافظة ساي بوري.
3. ولاية جالا، ورامن تكون محافظة جالا.
4. ولاية راغي تكون محافظة ناراتيوات.

وتضم فيما بعد محافظة ساي بوري لمحافظة فطاني ومازالت فيها حتى الآن.

والخلاصة إن قانون إدارة ولايات سبعة لسنة 120 مملكة راتناكوسين تعني به محافظة فطاني، وجالا، وناراتيوات.

2.1.2 وأما محافظة ستول :

وفي عهد الملك جولا جوم (الملك الخامس لمملكة راتناكوسين) فإن ستول تابع لإقليم سراي بوري (سلطنة قدح في ماليزيا حاليا).

وفي سنة 2452 بوذية(1909م.) عقد تايلاند اتفاقية مع الانجليز بتنازل عن أقاليم ملايو أربعة وهي سراي بوري، كلنتن، ترنج جانو، فرليس، لصالح الانجليز، وظلت ستول وحدها تابعا لمملكة تايلاند، لذا صدر الارادة الملكية ضم ستول لإقليم ناكون سري تمارات.

وفي سنة 2468 بوذية(1925م.) تقام مركز ادارتها في محافظة سونكلا، والآن ستول تعتبر احدى محافظات جنوبية أربعة.

وإن أغلب سكان ستول مسلمون، وكان فيها محكمة إسلامية ثم ألغيت، لذا فإن مسلمي ستول لم يعترف بمحكمة نظامية فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ومواريث لاعتقادهم أنها يصطدم وأحكام الشريعة الاسلامية. فرأى (برأيا سمنتارت بورين) – محافظ ستول – رفع الأمر الى والي إقليم بوكيت (لأن ستول في هذه الفترة تابعة لإقليم بوكيت) للنظر في موافقة فتح محكمة اسلامية كما هو الجاري في ولايات السبعة.

وفي سنة 2460 ب.(1917م.) صدر الكتاب من وزير العدل بناء على الارادة الملكية لتوسيع مفعول قانون محكمة اسلامية ليشمل محافظة ستول.

وتجب مراعاة الأحكام التالية لنصب القضاة :

1. أن يكون القاضي ذو مكانة محترمة عند المسلمين، والمعتبر فيها العلم والسن وموالاة للملك.
2. ويسمى القاضي " داتؤ يوتيتام " وهو بمثابة ناظر العدل لإقليم شمال شرقي، وهو القاضي في احوال مدنية وتقاليد اسلامية.
3. وتقتصر صلاحيته في فصل الخصومة فيما بين المسلمين في الاحوال الشخصية والمواريث، ويجب أن يصدق قاضيان مسلمان في اصدار الحكم، أو قاض مسلم وقاض نظامي ليكون الحكم صالحا للتنفيذ.

وفي سنة 2474 بوذية(1931م.) ألغي إقليم فطاني وإقليم بوكيت، وأصبحا محافظة وفق القانون الاداري المعدل. لذلك فستول يدخل ضمن ما يسمى بـ(المحافظات الجنوبية الأربعة).

3.1.2 أصلان عظيمان :

ومن خلال تاريخ تشريع القانون الاسلامي في الاحوال الشخصية والمواريث في المحافظات الأربعة، يمكننا أن نخلص الى أصلين عظيمين :

1. السبب في تشريع القانون هو ان المسلمين عليهم أن يلتزموا بأحكام شريعتهم.

2. ويدل التشريع على اعتبار مبدأ العدل بين معتنقي الأديان، والأخذ بالرفق والشفقة من قبل ملك تايلاند تجاه رعاياه.

4.1.2 الغاء القانون الاسلامي في محافظات أربعة :

وفي سنة 2486 بوذية(1945م.) (خلال الحرب العالمية الثانية) نهجت حكومة ذلك الوقت نهجاً جديداً، فألغت القانون الاسلامي في المحافظات الأربعة، وطبقت عليهم القانون المدني والتجاري، نتيجة ذلك فالمسلمون لا يقرون بهذا القانون المخالف لأحكام الشريعة الاسلامية، ويلقون تجاه هذا الموقف الحرج والضيق الشديدين.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، أعادت الحكومة النظر في الموضوع فرجعت الى الأخذ بالقانون الاسلامي مرة أخرى، فصدر القانون الاسلامي الخاص للمحافظات الأربعة وهي(فطاني، ناراتيوات، جالا، ستول) سنة 2489بوذية(1946م.) وهو النافذ حتى الآن.

قانون تطبيق أحكام الشريعة في ولاية فطاني، وناراتيوات، وجالاً، وستول لسنة 2489 بوذية(1946م.) والمؤرخ 19 نوفيمبر 2489 بوذية، وهذا القانون يكون فصلا للخصومة في مسائل الأسرة والميراث في محاكم ابتدائية في ولاية فطاني وناراتيوات وجالا وستول ويكون أطراف الخصومة مسلمين.

المادة 1 : هذا هو قانون تطبيق أحكام الشريعة في ولاية فطاني وناراتيوات وجالا وستول لسنة 2489ب.

المادة 2 : يكون العمل به ابتدأ بالاعلان في المجلة الرسمية.

المادة 3 : ويشمل نطاق هذا القانون المسلمين سواء كانت الخصومة قبل اصدار القانون أم بعده.

المادة 4 : وطرق النظر في فصل الخصومة أن يكون قاضياً مسلماً والمسمى ب(داتؤ يو تي تام) مشارك في النظر مع قاض نظامي، وللقاضي المسلم اختصاص في أحكام الشريعة وسلطة فصل الخصومة وفق أحكامها ويكون توقيعة تصديقاً للحكم المفصول وحكمه يكون قاطعاً لا يقبل الاعتراض.

المادة 5 : ويطبق قانون أصول المحاكمات المدنية في الاعتراض على حكم القاضي المسلم.

وإذا كان القاضي المسلم عاجزاً عن الحكم فيصبح لطرفي الخصومة نصب الحكم بينهم للنظر في المسائل المختصة.

المادة 6 : هذا القانون لا يسري مفعوله على قضية مازالت في المحاكم قبل اعلان القانون إلا إذا كانت قضية في محاكم ابتدائية وطلب أطراف الخصومة تطبيق هذا القانون خلال ثلاثين يوماً منذ إعلان القانون.

المادة 7 : على وزير العدل العمل وفق هذا القانون.

هذا القانون يختص بمحاكم في ولايات الأربعة، وهناك خمسة محاكم وهو 1- محكمة فطاني، 2- محكمة ناراتيوات، 3- محكمة ستول، 4 محكمة جالا، 5-محكمة بيتونج(وهي أحدى مناطق ولاية جالا).

2.2 نظام المحاكم في الحاضر :

أن المحاكم في ولاية فطاني وناراتيوات وجالا وستول هي محكمة ابتدائية وهي محكمة الولاية إلا أن لجالا محكمتين.

ولا فرق بين هذه المحاكم والمحاكم النظامية إلا في الخصومة بين المسلمين ونظام المحكمة في شؤون المسلمين كما يلي:

1. في الجنايات : لا فرق بين المسلم ومن اعتنق ديانات أخرى في المسائل الجنائية في أقضية المسلمين هي نفس ما على معتنقي ديانات أخرى.
2. في المعاملات : ففي مسائل الأسرة والميراث خاصة تطبق أحكام الشريعة على المسلمين.

1.2.2 أصول المحاكمات المدنية :

نجمل هذه الأصول في أقضية المسلمين فيما يلي :-

1. لكل محكمة ابتدائية قاض مسلم، ويكون مشاركاً لقاضي نظامي في فصل الخصومة بين المسلمين.

2. القاضي المسلم نطاق سلطته تختص بأحكام الشريعة دون تفاصيل أخرى في القضية.
3. ويكون حكمه المتعلق بأحكام الشريعة هو المعمول به لا يقبل الاعتراض.
4. ويكتب حكمه ضمن حكم القاضي النظامي.
5. ولزاماً أن ينص على ديانة أطراف الخصومة أنهم مسلمون، فالقاضي هو الذي يتولى التصديق على طلب الدعوى للمسلمين.

2.2.2 سيرة ووظائف القاضي المسلم (داتؤ يوتيتام) :

كلمة "داتؤ توتيتام" كما ورد في قاموس اللغة التايلندية هو العالم في أحكام الشريعة الإسلامية.

وتبدأ هذه الوظيفة منذ الملك الخامس من أسرة جاكري لأنه هو الذي يصدق على قانون إدارة سبعة ولايات ملايو.

وكلمة "تؤ قاضي" أصله في كلمة عربية "القاضي" أي من له صلاحية فصل الخصومة.

وأما كلمة "داتؤ" في ماليزيا من مراتب الممنوحة للأفراد من قبل الملك.

ومن قانون شؤون موظفي الحكومة لسنة 2521ب.(1978م.) ينص على شروط (داتؤ يوتيتام) وكيفية تولية كما يلي :

1. لقاضي القضاة إعلان عند قبول ترشيح القاضي المسلم (إذا احتاج ذلك)
2. إذا تم الترشيح في مدة معينة وتم الاختيار فعلى قاضي القضاة تقديم قائمة الاسماء المختارين بعد الشؤون رؤساء المحاكم وولاة الولايات ومن ثم تقديمها لوزير العدل.
3. بعد النظر لوزير العدل تولية القاضي المسلم بعد موافقة مجلس القضاة.

وكيفية الاختيار : يصوت الأئمة على المرشيحين ومن يحصل على أعلى أصوات يقدم اسمه لوزير العدل.

ووظيفته كقاضي نظامي وفي الواقع العملي أن الخصومات التى ترفع إلى القاضي قليلة جداً صار بعض الولاة ليفون هذا المنصب، ويطلب المشاركة في الفصل من أعضاء المجلس الإسلامي في الولاية.

3.2.2 ترجمة نصوص أحكام الشريعة المتعلقة بالأسرة والميراث[1] :

القانون الإسلامي المتعلق بالأسرة والميراث المطبق في الولايات الأربعة مأخوذ من كتب تفسير القرآن الكريم وشروح الآحاديث النبوية وكتب الفقه على المذاهب الأربعة، وهي : 1. المذهب الحنفي 2. المذهب المالكي 3. المذهب الشافعي 4.المذهب الحنبلي.

وأحكام الفقه قد تختلف من مذهب لآخر لأنه اجتهادات للعلماء أما مسلمون تايلند فهم شافعيون في الغالب، لذلك فالكتب الفقهية المعتبرة عندهم هي كتب المذهب الشافعي.

ولإختلاف الآراء حتى داخل المذهب الشافعي صدر أمر من وزراء العدل بترجمة الكتب الشافعية ويوجد الحكم ليكون قانوناً موجداً ملزماً للجميع، واستمر العمل مدة اثنتا عشرة سنة.

والسبب في التأخر هو كثرة اختلاف الآراء بين الكتب الفقهية للمذهب الشافعي، وكذلك القضاة المسلمين وهو الملايو[2] لا يحسنون اللغة التايلندية.

---

(1) دين، تؤ مينا، القانون الإسلامي، (ISLAMIC LAW)، ط.4، جامعة رام كام هانخ، بابكوك، 1989م، ص44.

(2) الملايو هو شعب الملايو، الملايويون الذين يعيشون في شبه الجزيرة الملايوية(ماليزيا)، وإندونيسا، وجنوب التايلند، وسنغافورة، بروناي، أنظر :لغة_ملايو /http://ar.wikipedia.org/wiki/

الفصل الثالث

أحكام الحضانة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي

1.3 الحضانة مفهومها ومشروعيتها وحكمها وحقيقة حق الحضانة :

1.1.3 مفهوم الحضانة لغة واصطلاحاً :

1.1.1.3 مفهوم الحضانة لغة :

الحضانة لغة : الحضانة مشتقة من الحِضن وهو ما دون الإبطِ الى الكَشْح[1]، وقيل : هو الصدر والعضدان وما بينها، ومنه الإحتصان : وهو احتمال الشيء وجعله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمل في أحد شقيها[2].

فالحضانة مصدر حضن ومنه حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وحضنت المرأة صبيها إذا جعلته في حضنها أو ربته[3]، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه وحضن الصبي يحضنه حضناً : رباه[4].

والحاضنة : الداية التى تقوم على تدبير الصغير أو التى تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها[5].

وعليه فالحضانة تأتي بمعنى التربية والرعاية وتدبير الأمر والحفظ.

---

(1) الكشح : جمع كشوح وهو ما بين الخاصرة إلى الضلَع الخلف وهو من لَدُنِ السرة إلى الخلف، أنظر: ابن منظور، أبو الفصل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، د.ط، تحقيق: عبدالله على الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلى، دارالمعارف، القاهرة، د.ت، ج5، ص3880.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص911؛ مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425هـ-2004م، ص182.

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص911.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص911.

(5) مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، ص182.

2.1.1.3 مفهوم الحضانة اصطلاحاً في الفقهي :

تعددت تعريفات الحضانة الاصطلاحية عند أصحاب المذاهب المختلفة، لكن هذا التعدد لم يؤثر على اتفاق هذه المذاهب على المعنى العام للحضانة.

أ- عرفها الحنفية بقولهم : "الحضانة : تربية الولد لمن له حق الحضانة"[1].

ب- وعرفها المالكية بقولهم : "الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه"[2].

ج- وعرفها الشافعية بقولهم : "الحضانة هي القيام بحفظ من لا يُميِّز ولا يَستقل بأمره وتربيته بما يُصلحه ووقايته عما يؤذيه"[3].

د- وعرفها الحنابلة بقولهم : "الحضانة هي حفظ صغير ومعتوه وهو المختل العقل ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم"[4].

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن الشافعية والحنابلة قد توسعوا في تعريفهم للحضانة لتشمل بالإضافة إلى الصغار الكبار العاجزين عن القيام بشؤونهم كالمجانين ونحوهم، وبالتالي لم يكن مانعاً مع أنه كان جامعاً وهذا خلل في التعريف إذ ينبغي ان يكون التعريف جامعاً مانعاً.

أما تعريف الحنفية والمالكية فقد ركزا على حضانة الولد والقيام بمصالحة اليومية.

---

(1) إبن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دراسة وتحقيق وتعليق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دارالعالم الكتب، الرياض-السعودية، 1423هـ-2003م، ج5، ص252.

(2) الدسوقي، شمس الدين محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، د.ط، دار احياء الكتب العربية، د.ت، ج2، ص526.

(3) النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف(ت.676هـ)، روضة الطالبين، طبعة خاصة، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض-السعودية، 1423هـ-2003م، ج6، ص504.

(4) البهوتي، منصور بن يونس(ت.1051هـ)، كشاف القناع عن متن الاقناع، ط1، تحقيق وتخريج وتوثيق : لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل-السعودية، 1429هـ-2008م، ج13، ص187.

التعريف المختار :

بعد عرض تعريفات الفقهاء أرى أن تعريف الحنفية والمالكية للحضانة هو المختار، لأنهم قصروا مفهوم الحضانة على حضانة الولد الصغير ذكراً كان أو أنثى، فلا يدخل المجنون والكبير السن في مفهوم الحضانة، وكذلك أن التعريف موافق لبحثي من حيث تعلق الحضانة بحقوق الأولاد دون غيرهم.

3.1.1.3 تعريف الحضانة في القانون الاسلامي التايلندي :

إن القانون الاسلامي التايلندي سكت عن تعريف الحضانة، لكن إسماعيل علي عرفها في كتابه الذي شرح فيه " قانون الأسرة الإسلامي (بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)" : "الحضانة هي رعاية من لم يستقل بأمره وإن اهمل يؤدي الى ضياعه لصغر سنه، وكذلك القيام بتربيته واصلاحه بدنياً ونفسياً وفكرياً حتى يستقل بنفسه في النواحي السابقة"[1].

وعليه فإن تعريف إسماعيل علي توسع في تعريفه للحضانة، بحيث شمل به جميع القاصرين من طفل وكبير ومجنون، وحتى تنتهي الحضانة في الصغير بالبلوغ، وفي العاجز بالقدرة على الاستقلال بنفسه.

وعلى ذلك أن إسماعيل علي قد يتفق بالرأي مع الشافعية والحنابلة من حيث تعريف أن الحضانة لا تقتصر على الولد الصغير أو في سن الصغر فقط إنما تشمل كل من لا يستقل بأمره، ممن يجب رعايته سواء أكان صغيراً أم كبيراً كالمجنون وغيره ممن لا تتوفر فيهم صفة التمييز والعقل، ويحتاج إلى رعاية، ومراقبة.

---

(1) علي، اسماعيل، قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)، ط2، كلية الإسلامية (قسم القانون الإسلامي)، جامعة أمير سونغكلا، الفرع الفطاني، التايلند، 2547ب-2004م، ص144.

2.1.3 مشروعية الحضانة وحكمتها :

1.2.1.3 مشروعية الحضانة :

الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول، وهي على النحو الآتي:-

أولاً : القرآن الكريم :

أ - قوله تعالى : ﴿**ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ**﴾[1].

ووجه الدلالة :

إن الآية الكريمة أخبرت عن كفالة مريم، واختلاف الأخبار فيمن يقوم بكفالتها لنيل الأجر والثواب من الله تعالى، عندما جاءت بها أمها وهي صغيرة، ويقابل الكفالة الحضانة[2]، فدلت الآية صراحة على مشروعية الحضانة وما فيها من الثواب الجزيل.

ب- وقوله تعالى : ﴿**وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً*وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً**﴾[3].

ووجه الدلالة :

إن الآيتين الكريمتين تدلان على وجوب رعاية الأبناء لآبائهم حق الرعاية، وعدم إهانتهم بأقل الأمور التي قد لا يكترث بها الأبناء، وهو التأفف، وذلك في مقابل رعايتهم لهم وحفظهم وحضانتهم لهم في صغرهم، عندما كانوا ضعفاء لا يملكون شيئاً[4]، والآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية والحضانة لكل من هو في حاجة إليها سواء أكان صغيراً أم كبيراً.

---

(1) سورة آل عمران، الآية : 44.

(2) ابن كثير، عماد الدين اسماعيل بن عمر(ت.774هـ)، تفسير القرآن العظيم، د.ط، حققه وخرج نصوصه وضبطه : حسان الجبالي، بيت الأفكار الدولية، الرياض- السعودية، 1420هـ- 1999م، ص308.

(3) سورة الإسراء، الآية : 23-24.

(4) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ص1010-1011.

ثانياً : من السنة :

ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده "أن امرأة قالت يا رسول الله : إن ابني هذا كان بطني له وِعاءً، وحِجري له حِواء[1]، وثَدْيي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزِعه مني، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : **((أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي))**[2].

ووجه الدلالة :

من الحديث أنه دل على أن افترق الزوجين يعطي الأم الحق في الحضانة ما لم يقم بالأم مانع يمنع تقديمها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها دون الأب وتفضي باستحقاقها وأولوياتها في حضانة ولدها[3]، وهذا دليل على مشروعية الحضانة.

ثالثاً : الاجماع :

حيث أجمعت الأمة في كافة العصور الإسلامية على مشروعية الحضانة[4].

---

(1) حواء هو اسم للمكان الذي يحوي الشئ ويضمه، أنظر : الخن، مصطفى، والبغا، مصطفى، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط.9، دار القلم، دمشق، 1429هـ-2008، ج2 ص182.

(2) رواه أحمد، أنظر: ابن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2008م-1429هـ، حديث رقم : 6878، ج3، ص587،؛ ورواه أبو داود في لفظه : " وأن أباه طلَّقني وزعم أنه ينزِعه مني"، أنظر : أبو داود، سليمان بن الأشعث(ت.275ه)، سنن أبو داود، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني، ط.1، مكتبة المعارق للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية، 1417هـ-1997م، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم حديث 2276، ص397، تحقيق الألباني وقال : حسن، أنظر: الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط.1، المكتب الإسلامي، دمشق، 1399هـ-1979م، ج7، ص244.

(3) الشوكاني، محمد بن على بن محمد(ت.1250ه)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، د.ط، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م، ص1332؛ ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد(ت.620هـ)، المغني، ط3، دار عالم الكتب، الرياض- السعودية، 1417هـ-1997م، ج11، ص411.

(4) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود(ت.587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لنبان، 1406هـ-1987م، ج4، ص40-41؛ ابن رشد، أبو

فجاء في "الإجماع" لابن المنذر[1]: أجمع كل من يُحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين اذا افترقاً ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح"[2].

وكذا قال أبو عمر[3]: "لا أعلم خلافاً بين السلف من العلماء في المرأة المطلقة اذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه، مادام طفلاً صغيراً لا يميز شيئاً، اذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج"[4].

رابعاً : المعقول :

ووجهه أن الصغير في حاجة إلى من يقوم عليه ويربيه، فالحضانة حق الصغير؛ لاحتياجه إلى من يمسكه، فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منهما إلى

الوليد محمد بن أحمد(ت.520هـ)، المقدمات الممهدات، ط.1، تحقيق : محمد حجي، دار الغرب الاسلامي، بيروت-لبنان، 1408هـ-1988م، ج1، ص564؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص412؛ الحطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن(ت.954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة خاصة، حققه وضبطه وخرجه : زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض-السعودية، 1423هـ-2003م، ج5، ص593؛ أبو جيب، سعدي، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ط.1 دار الفكر، دمشق، ج1، ص371.

(1) ابن المنذر هو أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري، فقيه مجتهد وكان شيخ الحرم بمكة، له تصانيف كثيرة منها: الإجماع، الإشراف، الإقناع، وغير ذلك، توفي بمكة سنة 319هـ، أنظر: الزِركْلي، خيرالدين، الأعلام قاموس تراجم، ط.15، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان،2002م، ج5، ص294.

(2) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم(ت.318هـ)، الإجماع، ط.2، تحقيق : أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، 1420هـ-1999م، ص111.

(3) أبو عمر هو ابن عبدالبر يوسف بن عبدالله محمد، القرطبي، المالكي، من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بحاثة، عارف بالرجال والأنساب، ولد بقرطبة، وتوفي بشاطبة في شرقي الأندلس سنة 463هـ، أنظر: الزِركْلي، الأعلام، ج8، ص240؛ كحالة، عمر رضا، معجم المؤلفين، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1414هـ-1993م، ج4، ص170.

(4) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد، الجامع الأحكام القرآن، د.ط، أعتنى به وصححه : هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م، ج3، ص164.

من أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد؛ لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من المرأة، وحق الحضانة جعل إلى المرأة؛ لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة شفقتهن، وملازمتهن للبيوت[1].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

قرر القانون الإسلامي التايلندي على أنه حق الحضانة حق للأم، نصت المادة (172) : "الأم لها حق الحضانة وتنتهي ببلوغ الصغير أو أن يصبح العاجز قادرا".

وذلك يجعل حق الولاية للأب، نص ما جأ في المادة (170) : "حق الولاية على عاجز وصغير لأب، فإن لم يكن أو يفقد الشروط فجد، فإن لم يكن أو يفقد الشروط ينتقل إلى أم، ويحق لمن له حق الرعاية أن يتنازل عنه لآخر إذا كان صالحاً، وإذا لم يوجد أو لم يكن صالحا للرعاية ، فيحق لهم أو محام عام رفع دعوى لدى القاضي لنصب الوالى أو خلعه ونصب آخر مقامه"

2.2.1.3 حكمة مشروعية الحضانة :

اشتمل الفقه الاسلامي على دعائم قررها الاسلام لإقامة مجتمع فاضل، وبناء أسرة مترابطة وبخاصة علاقة الزوجين، وأحاط الصغار رعاية كبيرة وبخاصة الصغير العاجز عن تحقيق مصالحه، حيث أسند أمر رعايته إلى من يقوم بمصالحه، ويحفظه حتى لا يضيع[2].

وجعل الفقه الاسلامي رعاية الصغير والعناية به وحمايته من كل عدوان يمكن أن يتعرض له مسئولية الجميع بدون استثناء، بداية بالأبوين الذين يتحملان أمانة رعاية صغارهما[3].

---

(1) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ط1، تحقيق : محمد خليل عيتاني، دارالمعرفة، بيروت–لبنان، 1418هـ–1997م، ج3، ص592؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص412.

(2) الرواشدة، محمد أحمد عواد، كفالة الأطفال بعد الإنفصال(رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون)، جامعة أم درمان الإسلامية، جمهورية السودان، 1997، ص89.

(3) عبدالله، سمر خليل محمود، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2003م، ص2.

ومن رعاية الصغير قيام كل واحد منهما بتدبير شؤون الصغير، فالولاية في المال جعلت للأب والجد؛ لأنهما أبصر وأقوم في التجارة من المرأة، وإنما كانت المرأة أحق بالحضانة لأنها أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغير، وهن أقدر على حفظ الصغير وإمساكه وغسل ثيابه، ولأن في عدم ثبوت أحقيتهن إضراراً بهن وبخاصة أنهن أكمل شفقة على نحو يصعب معه مفارقة الصغير[1].

3.1.3 حكم الحضانة ودليلها :

اتفق العلماء[2] على أن حضانة الصغير واجبة، وأنه لا يحل ترْك المحضون دون رعاية ولا تربية، لأن المحضون قد يُهلك أويتضرر بتركه، فوجب حفظه من الهلاك، كما اتفقوا على وجوب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ولذا فالحضانة نوع من الولاية والسلطة[3].

ووجوب الحضانة قد يكون عينياً[4] إذا لم يوجد إلا الحاضن أو مع وجود غيره ولكن الطفل لم يقبل غيره، وقد يكون وجوباً كفائياً[5] كما لو تعدد الحاضون.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص592؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص412؛ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط.4، دارالفكر، دمشق-سورية، ج10، ص7296.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص40؛ ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص564؛ الغزالي، محمد بن محمد(ت.505هـ)، الوسيط في المذهب، تحقيق : محمد محمد تامر، ط.1، دار السلام، القاهرة، 1417هـ-1997م، ج6، ص238؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص412؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7296.

(3) الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، ص238؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص412، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7296.

(4) الواجب العيني أو الفرض العيني: وهو ما يجب على كل مكلف، كالصلاة والصيام، أنظر: المحلّي، جلال الدين محمد بن أحمد(ت.864هـ)، شرح الورقات في علم أصول الفقه، حققه أبو عائش عند المنعم، ط.1، مكتبة نزار مصطفى البار، مكة المكرمة، 1417هـ-1996م، ص53.

(5) الواجب الكفائي أو الفرض الكفائي : وهو الذي إذا قام به بعض الناس سقط عمّن سواهم، كالصلاة على الجنائز، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أنظر: المحلّي، شرح الورقات في علم أصول الفقه، ص53.

قال الغزالي[1] في كتابه "الوسيط في المذهب" : "الحضانة عبارة عن حفظ الولد وتربيته، وتجب مئونة الحضانة على من عليه النفقة"[2].

وقال ابن قدامة[3] : "كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق القرابة، لأن فيها ولاية على الطفل، فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط "[4].

وقال ابن رشد[5] : "وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه"[6].

وعليه تُعدُّ حضانة الطفل الصغير واجبة شرعاً لأن في تركها هلاكاً لهذا المولود، فحفظه بدونها غير وارد، "وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب"[7].

---

(1) الغزالي هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي، المعروف بالغرالي(حجة الإسلام)، حكيم، متكلم فقيه، أصولي، صوفي، مشارك في أنواع من العلوم، ولد بالطابران إحدى قصبتي طوس بخراسان، من تصانيفه الكثيرة : إحياء علم الدين، والوجيز في فروع الفقه الشافعي، وغير ذلك، أنظر: السبكي، تاج الدين أبو نصر عبدالوهاب(ت.771هـ)، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق : محمود محمد الطناحى وعبدالفتاح محمد الحلو، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت، ج6، ص191.

(2) الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، 238.

(3) ابن قدامة هو مُوَفَق الدين، أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلى، ثم الدمشقي، الصالحي، الحنبلي، كان عالماً وفقيهاً ومجتهداً، ولد بجماَعيل من عمل نابلس في فلسطين سنة541هـ، وقدم دمشق مع أهله، وتوفى بدمشق يوم عيد الفطر سنة620ه، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج2، ص227.

(4) ابن قدامة، المغني، ج11، ص412.

(5) ابن رشد هو أبو الوليد إسمه محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، كان فقيهاً أصولياً، ولد في شوال سنة 450هـ، وتوفى بقرطبة سنة1058هـ-1126م، ودفن بمقبرة عباس، كان مصنف المقدمات لأوائل كتب المدونة، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج3، ص46.

(6) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص564

(7) أبو الحارث الغري، محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1424ه-2003م، ج9، ص218.

والأدلة على وجوب حضانة الصغير من قوله تعالى : ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ..**﴾[1].

ووجه الدلالة من الآية أنها تدل على أن الله سبحانه وتعالى يأمر الوالدات تارة بإرضاع أولادهن وتارة بعدم الإضرار بهم بعدم إرضاعهم، ويأمر الأزواج بالإنفاق على المطلقات طالما أنهن يحتضن أولادهم، وهذه الأوامر تقتضي الوجوب، لعدم وجود الصارف، فإذا كانت الرضاعة واجبة والإنفاق على المطلقات المحتضنات للأولاد واجبة، فإن الحضانة واجبة كذلك لأن ما انبنى عليه واجب كان واجباً كذلك[2].

4.1.3 حقيقة حق الحضانة :

الأصل في الحضانة أنها للنساء، وإن عدمن فالحضانة للرجال، فيقتضي أن اعرض هنا ماهية حق الحضانة واختلاف الفقهاء في طبيعته وكون الحضانة حق للحاضنة أو الحاضن؟ أم هي واجب عليهما؟ أم هي حق للصغير؟.

1.4.1.3 مفهوم الحق والواجب :

أولا : مفهوم الحق :

فالحق لغة : من أسماء الله تعالى، أو من صفاته، وتطلق ويراد بها القرآن الكريم، والحق ضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والوجوب، والصدق، والموت، والحزم[3].

كما يطلق الحق في اللغة على المال والملك والموجود الثابت، ومعنى حق الأمر: وجب ووقع بلا شك[4].

---

(1) سورة البقرة، الآية : 233.

(2) القرطبي، الجامع لاحكام القرآن، ج3، ص160 وما بعدها.

(3) الفيرو زآبادي، مجدالدين محمد بن يعقوب(ت.817هـ)، القاموس المحيط، د.ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1399هـ-1979م، ج3، ص214؛ ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص939.

(4) الفيرو زآبادي، القاموس المحيط، ج3، ص214؛ ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص939.

أما الحق اصطلاحا : فلا يوجد تعريف محدد لكلمة الحق عند الفقهاء القدامى وإنما عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بما يلي:-

عرف الزرقا الحق بأنه : " اختصاص يقرر الشرع به سلطة أو تكليفاً"[1].

عرف الدريني الحق بأنه : "اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة"[2].

ويلاحظ : أن تعريفين متقاربان، ولو أن تعريف الدريني زاد تحقيقاً لمصلحة معينة، حيث هذه الزيادة لا يجوز دخولها في التعريف لأن الغاية لا تدخل في التعريف.

والتعريف المختار للحق هو ما وضعه الدرينى، وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : أن التعريف جامع لجميع أنواع الحق مانع من دخول غيره فيه.

ثانياً : أنه يشمل جميع الحقوق سواء التي تثبت لله أو للأشخاص الطبيعين والاعتبارين.

ثالثاً : أنه قيد الاختصاص بقيد المصلحة وحماية الشرع لهذه المصلحة.

وقد ذكر بعضهم الحق وأنواعه تحت عنوان الحكم وقسم الأحكام إلى ثلاثة أقسام : حقوق الله، وحقوق العباد، وحقوق المشتركة[3].

وتتلخص الآثار المترتبة على الحق فيما يأتي: -

1. الحق الخاص يصح التنازل عنه وهبته والمصالحة عليه، ولا يصح بيعه لأنه ليس له ثمن[4].

---

(1) الزرقا، مصطفى احمد، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق-سورية، 1420هـ-1999م، ص19.

(2) الدريني، محمد فتحي، الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1404هـ-1984م، ص57.

(3) الكزنى، محمد أحمد، نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، مكتبة النهضة المصرية القاهرة، ص6.

(4) الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص19؛ شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، ط4، دار النفائس، عمان- الارن، 1422هـ-2001م، ص51.

2. يصح الصلح عليه بالمال في بعض الحقوق كالديات، ولا يصح في بعض آخر كالشفعة[1].

3. مافيه حق الله وحق العبد، فلو غلب حق الله فلا يسقط إلا بالأداء فهو بحكم الواجب كالإيمان وتحريم الكفر، وما غلب فيه حق العبد الخاص فيسقط بالإسقاط كالديون.

ثانيا : مفهوم الواجب :

الواجب لغة : وجب الشيء يجب وجوباً وجبةً لَزِم، وأوجبه هو، وأوجبه الله، واستوجبه أي استحقه[2].

فالواجب هو ما ثبت وجوبُه بدليل فيه شبهة العدم، كخبر الواحد، هو ما يثاب بفعله ويعاقب على تركه لولا لعذر، حتى يضلَّل جاحده ولا يكفربه[3].

وأما الواجب اصطلاحاً : "هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم، حيث: يذم تاركه ومع الذم العقاب، ويمدح فاعله ومع المدح الثواب"[4].

وجاء في المستصفى: "أن الحكم : عبارة عن خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين فالواجب : هو المقول فيه افعلوه ولا تتركوه"[5]. على أن رأى الجمهور أن الواجب والفرض مترادفان وهما بمعنى واحد[6]، وأما الحنفية يرون أنهما متباينان بما

---

(1) الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص19؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، ص51.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص4766؛ الفيرو زابادي، القاموس المحيط، ج1، ص135.

(3) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص1013.

(4) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد(ت.456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، د.ط، تحقيق: أحمد محمد الشاكر، دار الآفاق الجديد، بيروت–لبنان، د.ت، ج3، ص321.

(5) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد(ت.505ه)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق : حمزة بن زهير حافظ، ج1، ص177.

(6) السيوطي، جلال الدين(ت.911هـ)، شرح الكوكب الساطع، د.ط، حققه : محمد إبراهيم الحفناوى، مكتبة الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، المنصورة–مصر، 420هـ–2000م، ج1، ص84؛ الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق : عبدالرزاق عفيفي، ط.1. دار الصميعي، الرياض–السعودية، 1424هـ–2003م، ج1، ص136.

نقل السيوطي بقوله: " فرق الحنفية بينهما-أي الواجب والفرض- فجعل الفرض ما ثبت بالدليل القطعي كالقرآن كالقراءة في الصلاة، والواجب ما ثبت بدليل ظني كخبر الواحد، كقراءة الفاتحة في الصلاة"[1].

والواجب قسم من أقسام الحكم التكليفي الذي أقسامه الواجب، الندب، الحرمة، والكراهة، الإباحة[2].

والواجب قسمان :

أ- الواجب العيني(الفرض العيني) : وهو ما يجب على كل مكلف، كالفرائض كلها من صلاة وصوم وزكاة.

ب- الواجب الكفائي(الفرض الكفائي) : وهو الذي إذا قام به بعض الناس سقط عمّن سواهم، كالصلاة على الجنائز، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر[3].

وعلى هذا فالواجب بكل أقسامه لا يسقط إلا بالأداء، فلا يجوز التنازل عنه ولا هبته ولا الصلح عليه بالمال.

2.4.1.3 التكييف الفقهي لحق الحضانة في الفقه الإسلامي :

اختلفت الفقهاء في حقيقة حق الحضانة، ونذكر فيما يلي آراء الفقهاء في التكييف الفقهي لحق الحضانة.

أولاً : التكييف الفقهي لحق الحضانة في الفقه الحنفي :

اختلف فقهاء الحنفية في حقيقة حق الحضانة الى ثلاثة أقوال هي :

أ- أن حق الحضانة هو حق خاص أي حق للحاضنة(الأم)[4]، لا تجبر عليه، ولذا لها الإمتناع عن القيام به، لكونه حقاً خاصاً يسقط بالإسقاط، وقد جعل

---

(1) السيوطي، شرح الكوكب الساطع، ج1، ص85.

(2) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص132-133.

(3) المحلّي، شرح الورقات، ص53.

(4) ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص258 ومابعدها؛ ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(ت.861هـ)، شرح فتح القدير، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ-2002م، ج4، ص330؛ المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبو بكر بن عبد الجليل(ت.593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، د.ط.، دار الفكر، لبنان، ج2، ص299؛

حق الحضانة الأم لرفقها في ذلك مع كمال الشفقة، وقدرتها على ذلك بلزوم البيوت، وظاهر ذلك أن الأم أحق وأشفق وأهدى إلى تربية صغارها، يقول المَرغيناني[1]: "إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد"[2]. ويقول ابن الهمام[3]: "إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد، والنفقه على الأب، ولا تجبر الأم عليه"[4]، ويقول ابن عابدين : "الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم يعقل"[5]، ورغم يظهر أنه كلمة (أحق)عند الحنفية لا تعني الحق المطلق، ولكن وجود أقوال أخرى بالوجوب.

ب-أن الحضانة حق للمحضون(الصغير)[6]، فلا تسقط بإسقاط الحاضنة وتجبر الحاضنة عليه، والحضانة بهذا تصبح واجباً. ويقول إبن عابدين[7]: "فالترجيح

الموصلي، عبدالله بن محمود(ت.683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، حققه وضبطه : أحمد محمد برهوم وعبداللطيف حرز الله، ط.1، دار الرسالة العالمية، دمشق، 1430هـ-2009م، ج3، ص297.

(1) المرغيناني هو علي بن أبو بكر بن عبدالجليل الفرغاني، الحنفي(برهان الدبن، أبو الحسن) فقيه، فرضي، محدث، حافظ، مفسر، مشارك في أنواع من العلوم، توفي سنة 593هـ، أنظر : كحالة، معجم مؤلفين، ج2، ص411.

(2) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص299.

(3) ابن الهمام هو محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود السواسي، الحنفي، عالم مشارك في الفقه، والأصول، والتفسير، وعلم الطبيعة، والفرائض، والحساب، والتصوف، والنحو، والصرف، وغير ذلك، ولد بالاسكندرية، وتوفي بالقاهرة في رمضان سنة861هـ، أنظر : كحالة، معجم مؤلفين، ج3، ص469.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص330.

(5) ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص254.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص40؛ ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص258 ومابعدها.

(7) ابن عابدين هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، الحنفي، هو فقيه أصولي، وقرأ القرآن، وعليه الفرائض، والحساب الأصول، والحديث، والتفسير، والتصوف، وعلم المعقول، مولده ووفاته في دمشق، وتوفي في 21 ربيع الثاني، سنة1252هـ، من تصانيفه الكثيرة : رد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار، وحاشية على المطول،

قد اختلف والأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاثة، لكن قيده في الظهيرية بأن لا يكون للصغير ذو رحم محرم، فحينئذ تجبر الأم كي لا يضيع الولد، أما لو امتنعت الأم وكان له جدة رضيت بإمساكه دفع إليها؛ لأن الحضانة كانت حقا للأم فصح إسقاطها حقها، وعلله في المحيط بأنها لما أسقطت حقها بقي حق الولد، فصارت بمنزلة الميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى"[1]. ونفهم هذا القول بأن الفقهاء الثلاثة : أبو الليث[2] وخُواهَر زاده[3]، والهِنْدُوَاني[4]، قالوا بالوجوب دون قيود، وأن القيود أوردها صاحب الظهيرية على قولهم.

ج- أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون على سبيل الاشتراك[5]، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وإن تعينت فليس لها الامتناع، وحق المحضون أقوى،

وحواش على تفسير البيضاوي وغير ذلك، انظر : الزركلي، الأعلام، ج6، ص42؛ كحالة، معجم المؤلفين، ج3، ص145.

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص258–259.

(2) أبو الليث هو نصر محمد بن أحمد بن إبراهيم السَمَرْقندي، كان حافظاً وفقيهاً، المعروف بإمام الهدى وهو من أئمة الحنفية، له تصانيف نفيسة منها: تفسير القرآن، والنوازل، وخزانة الفقه، وتنبية العافلين، والبستان، وتوفي سنة373هـ، أنظر: القرشي، محيي الدين أبو محمد عبدالقادر بن محمد بن محمد الحنفي(ت.775هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق : عبدالفتاح محمد الحلو، ط.1، دار إحياء الكتب العربية، جيزة–مصر، 1398هـ–1978م، ج3 ص544؛ الزِرِكْلي، الأعلام، ج8، ص27.

(3) خواهر زاده هو محمد بن الحسين بن محمد، أبو بكر البخاري، قال السمعاني: كان فاضلاً وإماماً وحنفياً وله طريقة حسنة، وتوفي سنة 483هـ، أنظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج2،ص183؛ الزِرِكْلي، الأعلام، ج6 ص100.

(4) الهندواني هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عمر أبو جعفر، الهندواني نسبة إلى محلة ببلخ، قال السمعاني: كان يقال له أبو حنيفة الصغير هو فقيه، توفي ببخارى سنة392هـ، أنظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج3، ص192–193.

(5) إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص259؛ السرخسي، أحمد بن سهل، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت–لبنان، 1409هـ–1989م، ج6، ص169؛ الجصاص، أبو بكر أحمد بن على الرازي(ت.370هـ)، أحكام القرآن، د.ط، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث العربي، بيروت–لبنان، 1412هـ–1992م، ج2، ص 107، "ذهب الإمام الجصاص

وبهذا تكون الحضانة واجباً كفائياً. فإذا تعينت فلا حق لها في الإسقاط، وعليه فإسقاط الزوجة حقها في الحضانة عند المخالعة مردود، فالمخالعة واقعة، والشرط باطل لأنه مضيعة لحق الصغير، جاء في "المبسوط" : " فإذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز، وشرط باطل؛ لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد، فإن كون الولد عندها أنفع له، لهذا لو تزوجت لم تكن أحق بالحضانة؛ لأنها مشغولة بخدمة زوجها، فلا منفعة للولد في كونه عندها، إذا ثبت أن هذا من حق الولد، فليس لها أن تبطله بالشرط"[1].

وأما حق الحاضنة فلا يقوم على أساس التفريط بحق الطفل الذي هو أقوى الحقين، وأن الأم لا تجبر عند امتناعها عن القيام بالحضانة الصغير مع وجود من يقوم بها ممن هو أهل لها، فذلك لعدم ضياع الصغير وحقه في الرعاية وعدم هلاكه، والتي يقوم على حسن تربيته. فقال ابن عابدين في "رد المختار" : "قلت ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين، وذلك أن ما في المحيط يدل على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة، ومثله ما قدمناه عن المفتي أبي السعود فقول من قال إنها حق الحاضنة فلا تجبر محمول على ما إذا لم تتعين لها، واقتصر على أنها حقها لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، ومن قال إنها حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت"[2].

إلى أن في الحضانة الولد حقاً للأم كما أن هذه الحضانة حقاً للولد، فقد قال : "الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيراً وإن استغنى عن الرضاع بعد ما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة؛ لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع، فإذا كانت في حال الرضاع أحق به، وإن كانت المرضعة غيرها علمنا أن في كونه عند الأم حقاً لها. وفيه –أي في إمساك الولد– حقُ للولد أيضاً وهو الأم أرفق به وأحنى عليه..".

(1) السرخسي، المبسوط، ج6، ص169.

(2) إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص259.

ثانياً : التكييف الفقهي لحق الحضانة في الفقه المالكي :

اختلفت الروايات عند المالكية في حقيقة الحضانة الى ثلاث روايات هي :

أ- أن الحضانة حق خاص للحاضنة(الأم)[1]، ولها أن تتنازل عن هذا الحق، ولا تجبر عليه، ولها إسقاطه. وذلك ما نص عليه عند المالكية جاء في "حاشية الدسوقي": "إذا أسقطت الحاضنة حقها منها لغير عذر بعد وجوبها لها، ثم أرادت العود لها، فلا تعود بناء على أنها –أي الحضانة- حق للحاضن وهو المشهور..."[2]. يدل على هذا أن الحضانة حق للأم إذا التنازل عنها.

ب- أن الحضانة حق للمحضون(الصغير)، وبهذا تكون الحضانة واجب عيني على الحاضن(الأب)، وواجبة على الحاضنة(الأم)[3]. ولذا فلا يجوز للأب ترك الولد إذا لم يوجد من أهلها من يقوم بها، فوجوب حفظه عن الهلاك والضياع، وكذلك واجبة على الأم في حالة معينة، وهي ما لو كان مفقوداً أو بحكم المفقود، أو في حال عدم قبول الصغير ثدياً غير ثديها فتتعين عليها في حولي الرضاعة، ونص ذلك ما جاء في "مواهب الجليل": "لا يتعين إلا على الأب، والأم في حولي الرضاعة إن لم يكن له أب ولا مال"[4].

ج- أن الحضانة واجب كفائي[5]، إذا قام بها واحد من أهلها سقط الأثم عن الباقين. فقد نص على هذا القول صاحب "حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني" حيث يقول: "هي فرض كفاية لا يحل أن يُترك الطفلُ بغير كفالةٍ فإذا قام به قائم سقطَ عن الباقين"[6].

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص532.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي ، ج2، ص532.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص594؛ ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص570.

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص594.

(5) العدوي، على بن أحمد الصعيدي(ت.1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، د.ط، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، د.ت، ج2، ص441؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص594.

(6) العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص441.

ثالثاً : التكييف الفقهي لحق الحضانة في الفقه الشافعي :

فقد ذهبوا في بيان حقيقة الحضانة إلى قولين :

أ- أن الحضانة حق للحاضنة(الأم)[1]، وهو حق خاص يسقط بالإسقاط، ولذا فلا تجبر عليها إذا امتنعت عنها، وإنما تنتقل الحضانة إلى الجدة أم الأم. وفي حالة واحدة تكون الحضانة واجباً عينياً على الأم الحاضنة وهي أن تكون الحاضنة مسؤولة عن نفقة ولدها لانعدام الأب والمال، حيث لا يجوز لها اسقاطها حرصاً على تربية الصغير وتنشئته، واسقاطها حقها لا يسقط حقها في الحضانة، وذلك ما نص عليه الإمام الشافعي[2] بقوله" إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة، فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج"[3]، وجاء في "مغني المحتاج" : "وإن غابت الأم أو امتنعت من الحضانة فللجدة مثلاً أم الأم على الصحيح كما لو ماتت أو جنت، وعدم إجبار الأم عند الامتناع هو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال، أجبرت كما قال ابن الرفعة[4]؛ لأنها-أي الحضانة- من جملة النفقة فهي حينئذ كالأب"[5].

---

(1) الشافعي، محمد بن إدريس(ت.204هـ)، الأم، ط1، دار الوفاء، المنصورة-المصر 1422هـ-2001م، ج6، ص239؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص597.

(2) الإمام الشافعي هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أبو عبدالله، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، واليه نسبه الشافعية كافة، ولد في غزة(بفلسطين) سنة 150هـ، وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين، وزار بغداد مرتين، وقصد مصر سنة199 فتوفي بها سنة 204هـ، وقبره في القاهرة، وكان الشافعي أشعر الناس وآدبهم وأعرفهم بالفقه والقرآن، أنظر : الزِرِكْلي، الأعلام قاموس تراجم، ج6، ص26.

(3) الشافعي، الأم، ج6، ص239.

(4) ابن الرفعة هو أحمد بن محمد بن على، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، هو فقيه شافعي من فضلاء مصر، وكان محتسب القاهرة وناب في الحكم، ومن تصانيفه: المطلب في شرح الوسيط، والكفاية في شرح التنبيه، وتوفي بمصر سنة 710هـ، أنظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج9، ص24-27؛ الزِرِكْلي، الأعلام، ج1، ص222.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص597.

ب- أن الحضانة حق للمحضون(الصغير)[1]، أن فيها حقاً له تجبر على حضانته إذا تعينت لها، كما لو لزمتها نفقة أو لم يوجد من يحضنها. قد جاء في "المهذب" : "ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد"[2] وكذلك قالوا: "ولا يثبت الحضانة لفاسق؛ لأنه لا يوفي الحضانة حقها؛ ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق"[3]، وهذا صريح في أن الحضانة حق الولد.

رابعاً : التكييف الفقهي لحق الحضانة في الفقه الحنبلي :

حيث ذهبوا في بيان حقيقة الحضانة إلى قولين :

أ- أن الحضانة حق خاص للحاضنة(الأم)، وأنها لا تجبر عليها إذا امتنعت منها، وإنما تنتقل الحضانة إلى من يليها في الاستحقاق، وذلك ما نص عليه في "كشاف القناع" : "ولو أمتنعت الأم من حضانته لم تجبر عليها لأنها غير واجبة عليها"[4].

ب- أن الحضانة حق للمحضون(الصغير)، إذ لا يجوز ترك الصغير دون من يحضنه؛ لأن في هذا الترك هلاكه، وبهذا تكون الحضانة واجباً، ونص عليه ما جاء في "المغني" : "كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق لقرابته، لأن فيها ولاية على الطفل، واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط"[5].

---

(1) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي(ت.476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط.1، ضبطه وصححه ووضع حواشيه : زكريا عميرات، دارالكتب العملية، بيروت- لنبان، 1416هـ-1995م، ج3، ص164؛ المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازي، مكتبة الأرشاد، جدة- السعودية، د.ت، ج20، ص218.

(2) الشيرازي، المهذب، ج3، ص164.

(3) الشيرازي، المهذب، ج3، ص164.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص326.

(5) ابن قدامة، المغني، ج11، ص412.

وفيه أيضاً "والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه"[1].

خلاصة :

بعض هذا العرض لاراء المذاهب الأربعة يتبين أن حقيقة الحضانة يتنازعة ثلاثة اتجاهات هي :

1. أن الحضانة حق للأم، لها التنازل عنها وإسقاطها، وهو قول للحنفية، ورأي المشهور عند المالكية، ورأي للشافعية، والقول المعمول به الحنابلة.
2. أنها حق للمحضون، وعلى هذا فلا يجوز إسقاطه، لأن حق للغير، وهو القول للحنفية، والمالكية، والشافعية في القول الآخر، ورأي للحنابلة.
3. أنها حق للحاضنة والمحضون على سبيل الاشتراك، وهو المشهور عند الحنفية وعليه الفتوى.

الرأي المختار :

بعض النظر في اقوال العلماء أرى-والله أعلم-أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون على سبيل الاشتراك، فهي حق للمحضون باعتبار أنه بحاجة إلى تربية، وحق للحاضنة باعتبار أحقيتها بالحضانة حسب الترتيب الذي شرع لها.

3.4.1.3 تكييف حق الحضانة في القانون الإسلامي التايلندي :

نصت المادة (172) من القانون الاسلامي التايلندي على أن" الأم لها حق الحضانة وتنتهي ببلوغ الصغير أو أن يصبح العاجز قادراً، إلا

(1) أن تتزوج من غير أبيه، والزوج ليس رحماً محرماً من الصغير والعاجز.

(2) فقد شروط الحضانة.

(3) انتقال الحاضنة إلى غير بلد المحضون.

(4) عدم قدرة الحاضنة على القيام بواجب الحضانة.

(5) أن تكون مفقودة.

(6) وفاة الحاضنة.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص413.

وللأسباب المذكورة ينتقل حق الحضانة لمن يليها على الترتيب...ألخ"

هذا النص من القانون الاسلامي التايلندي يدل على أن الحضانة حق للأم، فإذا رفضت أو لم تتوافر شروط الحضانة فيها انتقل حق الحضانة الى من يليها.

ويدل على أن حق الحضانة يشتمل جميع القاصرين من طفل وكبير ومجنون، وينتهي في الصغير بالبلوغ، وفي العاجز بأن يصبح قادراً على رعاية شؤونه.

ويفهم على ذلك أن الحضانة حق للأم، وأنها لا تجبر عند امتناعها عن القيام بحضانة الصغير مع وجود من يقوم بها ممن هو أهل لها، ويفهم من قوله "ينتقل حق الحضانة لمن يليها"، وينتقل حق الخضانة إلى غير الأم لأنها تفقد من شروط استحقاق الحضانة.

وبعد هذا العرض أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي القول الأول وهو قول الحنفية، ورأي المشهور عند المالكية، ورأي للشافعية، والقول المعمول به الحنابلة، حيث أن الحضانة حق للأم، لها التنازل عنها وإسقاطها.

4.4.1.3 الأثر المترتب على تكييف حق الحضانة :

أولاً : يترتب على أن الحضانة حق للصغير الأمور الآتية[1] :-

1. إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك صغيرها عند الزوج، فالخلع صحيح والشرط باطل؛ لأنه هذا حق الصغير، ينبغي أن يكون عند أمه مادام محتاجاً إليها.
2. إذا كانت الحاضنة متعينة بأن لم يوجد غيرها، فإنه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانة الصغير، ولو امتنعت أجبرت عليها؛ محافظة على حق الصغير.
3. لا يصح للأم أن تصالح زوجها على أن تترك حضانة صغيرها منه، وذلك كأن يكون لزوجها دَين عليها فتصالحه على أن تترك حضانة الصغير في نظير ما عليها من دين، وكذلك الحكم بالنسبة لغير الأم.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج6، ص169؛ إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص258؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص592.

ثانياً : يترتب على أن الحضانة حق للحاضنة الأمور الآتية[1] :-

1. لا يصح للأب أن يأخذ الصغير من حاضنته إذا كانت مستكملة أهلية الحضانة ليعطيه لغيرها؛ لأن في ذلك تفويتا لحق الحاضنة.
2. لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه، فإنه يجب على هذه المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة؛ حتى لا تفوت عليها حقها في الحضانة.
3. لا يصح لأبي الصغير أن ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته؛ لأنه إن فعل ذلك فقد ضيع حقها.

ثالثاً : يترتب على أن الحضانة حق للأم والصغير معاً :-

فلو وجد من يقوم بها غير الأم فللأم إسقاطها والتنازل عنها، والامتناع عن القيام بها، وإلا تعينت فلا حق لها في تركها وإسقاطها لأن حق الصغير أقوى من حقها[2].

2.3 المستحقون للحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

1.2.3 المستحقون للحضانة وترتيبهم في الاستحقاق في الفقه الإسلامي.

الأصل أن حضانة الصغار ذكوراً كانوا أو إناثاً أنها للنساء، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للصغار، ومؤنة الحضانة على الأب لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، فإذا بلغ الصغير سنا معينة، كان الحق في تربيته للرجال؛ لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من المرأة.

وإن المستحقين للحضانة ليسوا في مرتبة واحدة، بل في مراتب متعددة في الإستحقاق.

في هذا نبين ذلك على النحو التالي :

---

(1) إبن عابدين، رد المحتار، ج5 ص258؛ الزحيلي، فقه الإسلامي وأدلته، ج10 ص7299.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص 107.

1.1.2.3 مذهب الحنفية في المستحقين للحضانة وترتيبهم في الاستحقاق.

ذهب الحنفية[1] إلى أن الحضانة مرتبة فهى بتقديم النساء المحارم، ثم للعصبة من الرجال، فإن لم يوجد من يستحقها منهم انتقل حق الحضانة إلى ذوي الأرحام، وتفصيله كالآتي :

أ – مراتب الحواضن من النساء :

أولاً : الأم.

لأنها الأقرب والأشفق على الولد، وأعرف بتربيته وأقدر علي رعايته وأصبر وأفرغ لها، فتتحمل في ذلك من الشفقة مالا يتحمله الأب، وفي تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للولد[2].

وقالوا : الأم أحق من غيرها بحضانة الصغير، ودليله بقول رسول الله صلي الله عليه وسلم : **((أنت أحق به ما لم تنكحي))**[3]، ووجه الاستدلال يبين الحديث أن الأم أحق وأولى بحضانة الصغير ما لم يقم بالأم مانع يمنع تقديمها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها دون الأب وتفضي باستحقاقها وأولويتها في حضانة صغيرها[4].

ثانياً : أم الأم.

فإن لم توجد الأم أو وجدت ولم تتوافر فيها شروط الحضانة، فالحضانة تستحقها أم الأم دون أم الأب وإن علت. وتقدم على أم الأب لأنها تدلي بالأم[5].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج5، ص207؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41؛ ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص252؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص330؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص297–299؛ العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص471؛ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية المعرفة بالفتاوى العالمكيرية، ط1، دارالكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1421هـ–2000م، ج1، ص565 وما بعدها.

(2) السرخسي، المبسوط، ج5، ص207؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص330؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص297.

(3) تقدم تخريجه، ص16.

(4) السرخسي، المبسوط، ج5، ص207؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص330.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص263؛ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص565؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص299؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص332.

ثالثاً : أم الأب.

فإذا لم توجد أم الأم أو وجدت ولم توجد فيها شروط الحضانة انتقلت الحضانة لأم الأب وإن علت، قال الشيخ نظام: "فإن لم يكن أم الأم فأم الأب أولى ممن سواها وإن علت"[1].

رابعاً : الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم.

فإذا عدمت أم الأب أو لم تتوافر شروط الحضانة انتقلت حق الحضانة للأخوات تقدم الأخت الشقيقة على أخت لأم، لأن الشقيقة تدلي بقرابتين، فإن عدمت شقيقة أهل للحضانة انتقل حق الحضانة إلى الأخت لأم، وتقدم الأخت لأم على الأخت لأب لأنها أشفق ولأنها تدلي بقرابة الأم، والأم أحق به من الأب[2].

خامساً : الأخت لأب أو الخالة.

فإن لم توجد الأخت لأم أو لم تتوافر فيها شروط الحضانة، فالحضانة تنتقل إلى الأخت لأب أو الخالة، وإن اختلفت الروايات عند فقهاء الحنفية[3].

ففي الرواية الأولى أن الحضانة تنتقل إلى الخالة لأنها أولى وهو قول محمد[4] وزفر [5].

---

(1) نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص565.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص263؛ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص565؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص299؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص332.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41؛ ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص263؛ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص565؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص331؛ العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص474.

(4) محمد هو أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف، كان إماماً بالفقه والأصول، أصله من قرية حرستة في غوطة دمشق، ولد بواسط ونشأ بالكوفة، ولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله، ثم سار إلى الري، فتوفي بها سنة 189هـ، أنظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج3، ص122؛ الزركلي، الأعلام قاموس تراجم، ج6، ص80.

(5) زفر هو زفر بن الهُذيل بن قيس العنبري، البصري، فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة، حنيفة، كان فقيها وحافظا وثقة مأموناً، أصله من أصبهان أقام بالبصرة وولي قضاءها وتوفي

واستدلا بالحديث الذي رواه البخاري عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: **(الخالة بمنزلة الأم)**[1].

وفي الرواية الثانية أن الحضانة تنتقل إلى الأخت لأب، وقال ابن عابدين في كتابه: " تقديمها-الأخت لأب- على الخالة هو ما مشى عليه أصحاب المتون اعتباراً لقرب القرابة"[2].

سادساً : بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم.

بها سنة 158هـ، أنظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج2، ص207؛ الزِرِكْلي، الأعلام قاموس تراجم، ج3، ص45.

(1) رواه البخاري، أنظر: البخاري، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل(ت.256هـ)، صحيح البخاري، د.ط، بيت الأفكار الدولية، عمان-الأردن والرياض-السعودية، د.ت، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء، حديث رقم:4251، ص805، ذكره أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : "حدثني عبيد الله بن موسى عن إسرائيل عن أبي إسحاق عن البراء رضي الله عنه قال : لما اعتمر النبي صلى الله عليه و سلم في ذي القعدة، فأبى أهل مكة أن يدعوه يدخل مكة، حتى قاضاهم على أن يقيم بها ثلاثة أيام، فلما كتبوا الكتاب، كتبوا: هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله، قالوا: لا نقر لك بهذا، لو نعلم أنك رسول الله ما منعناك شيئا، ولكن أنت محمد بن عبد الله . فقال: **(أنا رسول الله وأنا محمد بن عبدالله)** . ثم قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه **(امح رسول الله)**. قال : علي : لا والله لا أمحوك أبدا. فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الكتاب، وليس يحسن يكتب، فكتب : هذا ما قاضى عليه محمد بن عبدالله، لا يدخل مكة السلاح إلا السيف في القراب، وأن لا يخرج من أهلها بأحد ان أراد أن يتبعه، وأن لا يمنع من أصحابه أحدا إن أراد أن يقيم بها، فلما دخلها ومضى الأجل أتوا عليا، فقالوا : قل لصاحبك : اخرج عنا، فقد مضى الأجل. فخرج النبي صلى الله عليه وسلم، فتبعته ابنة حمزة، تنادي :ياعم ياعم، فتناولها علي فأخذ بيدها، وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك حملتها، فاختصم فيها علي وزيد وجعفر قال علي :أنا أخذتها، وهي بنت عمي، وقال جعفر : ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد :ابنة أخي . فقضى بها النبي صلى الله عليه و سلم لخالتها، وقال **(الخالة بمنزلة الأم)**. وقال لعلي **(أنت مني وأنا منك)**. وقال لجعفر :**(أشبهت خلقي وخُلقي)**. وقال لزيد: **(أنت أخونا ومولانا)**. وقال علي ألا تتزوج بنت حمزة ؟ قال **(انها ابنة أخي من الرضاعة)**".

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص263.

فإن لم توجد واحدة ممن ذكر في السابقة فالحضانة تنتقل إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم، وهما أحق من الخالة، لأن بنت الأخت الشقيقة من ولد الأبوين، و بنت الأخت لأم من ولد الأم والخالة من ولد الجد[1].

سابعاً : بنت الأخت لأب.

ثامناً : الخالة.

تاسعاً : بنت الأخ.

عاشراً : العمة.

حادي عشر : خالة الأم ثم خالة الأب.

ثاني عشر : عمة الأم ثم عمة الأب.

ب – مراتب الحواضن من العصبة :

فإن لم توجد النساء ممن المستحقات للحضانة من محارم الصغير على ما ذكرت أو لم تتوافر شروط الحضانة، فالحضانة تنتقل إلى العصبات من الرجال على ترتيبهم في الارث، وترتيب حضانة العصبة مثل ترتيب الولاية بعد إكمال سن الحضانة، وعلى المراتب الآتية:-

أولاً : الأب، لأنه الاقدر على تأديب الصغير.

ثانياً : الجد لأب وإن علا.

ثالثاً : الأخ الشقيق.

رابعاً : الأخ لأب.

خامساً : ابن الأخ الشقيق.

سادساً : ابن الأخ لأب.

سابعاً : العم الشقيق ثم العم لأب.

ثامناً : ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، إذا كان المحضون ذكراً أما إذا كان أنثى فإنها لا تدفع إليهم لأنهم غير محارم ويجوز لهم زواجها، ونص على ذلك صاحب

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41؛ العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص474.

"شرح فتح القدير" حيث قال : "ولا تدفع الصغيرة إليهم–هم ابن العم الشقيق وابن العم لأب– لأنهم غير محارم"[1].

فإذا اجتمع من لهم حق الحضانة في مرتبة واحدة، فالاختيار على الأصلح والأورع والأسن، فقال السرخسي[2] : "إذا اجتمع أخوة لأب وأم فأفضلهم صلاحاً وورعاً أحق به لأن ضمه إلى أقرب العصبات لمنفعة الولد"[3]. وقال ابن الهمام : " وإذا اجتمع مستحقوا الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى ، فإن تساووا فأسنهم"[4].

ج– مراتب الحواضن من ذوي الأرحام :

تنتقل الحضانة إلى ذوي الأرحام المحارم إذا فقدت العصبة المستحقة للحضانة أو لم تتوافر شروط الحضانة في المستحقين وعلى الترتيب الآتية:–

أولاً : الجد لأم.

ثانياً : الأخ لأم.

ثالثاً : ابن الأخ لأم.

رابعاً : العم لأم.

خامساً : الخال الشقيق.

سادساً : الخال لأب، ثم الخال لأم.

ولا حق لأولاد العمة والخال والخالة في حضانة الإناث، وإنما لهم حضانة الذكور، ولا حق لبنات العمة والخالة والأعمام والأخوات في حضانة الذكور، بل لهن حضانة الإناث فقط[5].

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير،ج4، ص333.

(2) السَرَخْسِي هو شمس الأئمة، محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي، وكان متكلماً، وفقهياً وأصولياً، ومناظراً، ومن طبقة المجتهدين في المسائل، توفي سنة 490هـ، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج3، ص52.

(3) السرخسي، المبسوط، ج5، ص212.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير،ج4، ص333.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص265.

وإذا اجتمع مستحقو الحضانة وهم في مرتبة واحدة في الاستحقاق كالإخوة الأشقاء، فالأولى بالحضانة أصلحهم ديناً ثم أورعهم، فإن تساووا فأكبرهم سناً[1].

2.1.2.3 مذهب المالكية في المستحقين للحضانة وترتيبهم في الاستحقاق.

ذهب المالكية[2] إلى أن الحضانة مرتبة فهى أولاً حق لذوات الأرحام من النساء إذا كنّ محارم للمحضون، فإن لم يوجد من يستحق فالحضانة تثبت للوصي الشامل سواء كان رجلاً أو امرأة، فإن لم يكن هناك وصي انتقلت الحضانة للعصبة من الرجال سواء كانوا من ذوي الرحم المحرم أو من ذوي الرحم غير المحرم[3]، وذلك على الترتيت الآتي:-

أ - مراتب الحواضن من النساء :

أولاً : الأم.

ثانياً : أم الأم.

ثالثاً : جدة الأم وإن علت.

فإن لم توجد أم الأم فالحضانة لجدة الأم، هي أحق بالحضانة من غيرها وإن علت، وتقدم جدة الأم من جهة أمها على جدتها من جهة أبيها عند التساوي، لأن القرابة من جهة الأم أحق من القرابة من جهة الأب[4].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج5، ص212؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص333.

(2) مالك، ابن أنس(ت.179هـ)، المدونة الكبرى، ط1، الدار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994م، ج2، ص258؛ الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د.ط، دارالمعارف، القاهرة-مصر، د.ت، ج2، ص755؛ الغرياني، الصادق عبدالرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، د.1، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، 2002م، ج3، ص156؛ ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج،1 ص562؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص526؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص593.

(3) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص564؛ الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص162؛ العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص443 وما بعدها.

(4) مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص258؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص756؛ ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص567؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص595.

رابعاً : الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب.

خامساً : خالة الأم.

سادساً : عمة الأم.

سابعاً : جدة الأب وإن علت.

فإن لم تكن عمة الأم انتقلت الحضانة إلى الجدة لأب، أي جدة الصغير من جهة أبيه، بتقديم من تدلي بأم الأب على من تدلي بأب الأب وعلى التسلسل الآتي:[1]

1- أم الأب.
2- أم أم الأب.
3- أم أب الأب.
4- أم أم أم الأب.
5- أم أم أب الأب.

ثامنـاً : الأب، وهو أحق من جميع قرابات الأب، لأنهن إنما يصلن للمحضون عن طريقه[2].

وترتيب قرابات الأب من النساء في الحضانة، كترتيب قرابات الأم، وهن كالآتي[3] :

أ- **الأخت.**
ب- **العمة ثم عمة الأب.**
ج- **خالة الأب.**
د- **بنت الأخ**
هـ- **بنت الأخت.**

---

(1) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص567؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص756؛ ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص566؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596؛ العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص444؛ الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص163.

(3) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص567؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596-597؛ العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص444.

فإن لم تكن بنت الأخ، انتقلت الحضانة لبنت الأخت.

اختلف اصحاب المذهب المالكي في مستحق حضانة الصغير بعد خالة الأب، حيث أن الحضانة لبنت الأخ فقط، ولا حضانة لبنت الأخت، وقيل لبنت الأخت وهنَّ أحق من بنت الأخ، وقيل أنهن سواء وتراعى الأكثر حزراً وكفاءة[1].

ولا حق لبنات العمات ولا لبنات الخالات في حضانة الصغير، لأنهن غير محرمات للصغير[2].

ب- الحضانة ممن له الوصاية :

فإن لم توجد النساء من متسحقات الحضانة من محارم الصغير على ما ذكرت أو لم تتوافر شروط الحضانة، فالحضانة تثبت للوصي، سواء كان رجلاً أو امرأة، وسواء من جهة أبيه أو من جهة القاضي، وكما يأتي :

1. إذا كان الوصي ذكراً أو أنثى فله الحضانة على المحضون الذكر، وله على المحضونة الأنثى غير المطيقة الوطء.
2. إذا كان الوصي الأنثى أو المتزوج بأم المحضونة أو جدتها وتلذذ بها، له حضانة الأنثى المطيقة، بحيث تصيرالمحضونة من محارمه، وإلا فلا حضانة له عليها.

وقد قال الإمام مالك[3]: "كونها –أي المحضونة الأنثى المطيقة- مع زوج أمها أحب إليّ من أن تجعل عند وصيها، لأن أمها محرم بخلاف الوصي"[4]، وذهب ابن عرفة[5] أن له الحضانة من غير قيد[6].

---

(1) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص567؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596.

(2) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، ص567؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596.

(3) الإمام مالك هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبدالله، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية، مولده في المدينة سنة93هـ، وتوفي بالمدنية في 14 ربيع الأول سنة179هـ، أنظر: الزركلي، الأعلام قاموس تراجم، ج،5 ص157.

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596.

(5) ابن عرفة هو محمد بن محمد، المالكي، (أبو عبدالله)، مقريء وفقيه وأصولي بياني ومنطقي، وغير ذلك، ولد بتونس وتوفي فيه سنة 803هـ، أنظر :كحالة، معجم مؤلفين، ج3، ص683.

(6) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص756.

ج – مراتب الحواضن من العصبة :

إن لم يُوجد هناك وصي، أو يوجد ولكنه لم تتوافر فيه شروط الحضانة، فالحضانة تنتقل إلى العصبات من الرجال، وهم على الترتيب الآتي :

أولاً : الأخ، تقدم الأخ الشقيق على غيره، ثم الأخ لأم، ثم الأخ لأب.

ثانياً : الجد.

ثالثاً : ابن الأخ.

رابعاً : العم ثم ابن العم.

واختلفت الروايات عند المالكية في اعطاء حق الحضانة لجد الأم والخال، ففي رواية أن جد الأم له الحضانة لأنه أشفق، وهذا القول للخمي، وفي رواية أخرى عن ابن رشد أن الحضانة ليست لجد الأم والخال[1].

وإذا اجتمع مستحقو الحضانة وكانوا متساوين في المرتبة يقدم الأكثر شفقة وصيانة للمحضون، فإن تساووا في الصيانة والشفقة قُدم الأكبر سناً، فإن تساووا أعطي الولد لأحدهما بالقرعة[2].

3.1.2.3 مذهب الشافعية في المستحقين للحضانة وترتيبهم في الاستحقاق.

ذهب الشافعية[3] في ترييب المستحقين للحضانة على وفق الحال، ففي حال اجتماع النساء دون الرجال، وفي حال اجتماع الرجال دون النساء ترتيب، وفي حال اجتماع النساء مع الرجال ترتيب، وعلى ما يأتي :-

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص528؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص596؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص756؛ العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص445.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص528؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص597.

(3) الشافعي، الأم، ج6، ص239؛ الشيرازي، المهذب، ج3، ص165؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص513؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص592؛ المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص224؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، ص243؛ النووي، يحيى بن الشرف(ت.6776هـ)، منهاج الطالبين، ط.1، دار المنهاج، لبنان-بيروت، 1426هـ-2005م، ص464-465، الرافعي، أبو قاسم عبدالكريم بن محمد(ت.623هـ)، العزير شرح الوجير المعروف بالشرح الكبير، تحقيق : علي محمود معوض وعادل أحمد، ط.1، دار

أ – حال اجتماع النساء :

حيث أثبت الشافعية الحضانة مقدمة للنساء، فالأم أحق على غيرها، بقول الإمام الشافعي : "إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة، فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج"[1]، ثم تنتقل إلى من يرث من أمهاتها، ثم الأقرب فالأقرب، وعلى الترتيت الآتي:

أولاً : الأم.

ثانياً : أم الأم.

ثالثاً : أم الأب.

رابعاً : الأخت

خامساً : الخالة.

سادساً : بنت الأخت ثم بنت الأخ.

سابعاً : العمة.

ب – حال اجتماع الرجال وحدهم ومراتبهم :

إذا اجتمع الرجال ولا نساء معهم، وكانوا من أهل الحضانة، قدم الأب على غيره من الرجال، لأن له ولاية عليه، ثم إلى آبائه الوارثين الأقرب فالأقرب، لأنهم يقومون مقام الأب، فكما يأتي:

أولاً : الأب.

ثانياً : الجد وإن علا.

وحق الحضانة بعد الجد من العصبات خلاف عند الشافعية على قولين هما:

أحدهما : لا تثبت لهم الحضانة، لأنه لا معرفة لهم في الحضانة، ولا يلون على ماله بأنفسهم، فلم يكن لهم حق في الحضانة، كالأجانب[2].

الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1417هـ–1997م، ج10، ص100؛ العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبو الخير الدين سالم(ت.558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، تحقيق : قاسم محمد النوري، دار المنهاج، بيروت–لنان، 1421هـ–2000م، ج11، ص278.

(1) الشافعي، الأم، ج6، ص239.

(2) الشيرازي، المهذب، ج3، ص166؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص515؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، ص245؛ الرافعي، العزير، ج10، ص104.

الثـاني : تثبت لهم الحضـانة، وهـو القول الأصـح، ودليلهم : "لمـا روي البـراء بـن عـازب رضـي الله عنـه أنـه اختصـم فـي بنـت حمـزة وعلـي وجعفـر وزيـد بـن حارثـة رضـي الله عـنهم، فقـال علـي : أنـا أخـذتها وهـي بنـت عمـي، وقـال جعفر: ابنـة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنـة أخـي، فقضـى بهـا رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم لخالتهـا، وقـال:**(الخالـة بمنزلـة الأم)**"[1]، ووجـه استدلال أن النبـي صـلى الله عليـه وسـلم لـم ينكـر علـى جعفـر وعلـي رضـي الله عنهما دعواهما بذلك، لأن ابن العم تعصيب بالقرابة فتثبت لـه الحضـانة كالأب والجد، فعلى هذا فالحضانة تنتقل إلى الآتي :-

ثالثاً : الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب.

رابعاً : ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

خامساً : العم شقيق، ثم العم لأب.

سادساً : ابن العم.

حالاجتماع الرجال والنساء ومراتبهم :

إذا اجتمع الرجال والنساء معهم، وهم من أهل الحضانة، فمراتبهم كما يأتي:

أ- إذا اجتمع الأب مع الأم ، فالحضـانة لـلأم تقدم علـى الأب، لأن ولادتها متحققة وولادة الأب مظنونة.

ب- إذا اجتمع الأب مع أم الأم وإن علت كانت الحضـانة لأم الأم، لأنها كـالأم فـي تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة.

ج- إذا اجتمـع الأب مـع أم نفسـه، أو مـع الأخـت لأب، أو مـع العمـة، قـدم الأب عليهن[2].

د- إذا اجتمع الأب مع الأخت لأم أو الخالة ففيه وجهان :

---

(1) تقدم تخريجه، ص36.

(2) الغزالـي، الوسـيط فـي المـذهب، ج6، ص246-247؛ الرافعـي، العزيـر، ج10، ص107؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص282.

أحدهما : الأب يقدم عليهما، لأن له ولادة وإرثاً[1].

الثاني: الأخت والخالة تقدمان على الأب، بقول العمراني "تقدمان على الأب وهو قول أبي العباس، وأبي سعيد الإصطخري، لأنهما من أهل الحضانة والتربية، وتدليان بالأم"[2].

هـ- إذا اجتمع الأب وأم الأب والأخت للأم أو الخالة، ففيه قولان :

أحدهما : أن الحضانة للأب، قال إبو سعيد الاطصخري : "تكون الحضانة للأب، لأن الأخت والخالة تسقطان بأم الأب، وأم الأب تسقط بالأب، فصارت الحضانة له"[3].

الثاني : أن الحضانة للأخت والخالة، قال أبو العباس: "تكون الحضانة للأخت أو للخالة، لأن الأب يُسقط أمَّ نفسه، والأب يَسقط بالأخت وبالخالة، فبقيت الحضانة لها"[4].

و- إذا اجتمع الجد مع الأم أو مع أم الأم وإن عَلَتْ، قُدِّمْن على الجد كما تقدمن على الأب.

ز- إذا اجتمع الجد مع أم الأب، قدمت أم الأب لأنها مساوية في الدرجة، وميزتها بمعرفة الحضانة.

ح -إذا اجتمع الجد مع الخالة أو الأخت لأم، ففيه وجهان، كما لو اجتمعتا مع الأب[5].

ط- إذا اجتمع الجد مع الأخت لأب، ففيه القولان :

أحدهما : تقديم الجد، لأنه كالأب في الولادة والتعصيب[6].

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص232؛ الرافعي، العزير، ج10، ص107؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص283؛

(2) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص283.

(3) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص232.

(4) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص232.

(5) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص233.

(6) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص233؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص285.

والثـاني : تقـديم الخالـة والأخـت لأم، لأنهـا مسـاوية لهـا فـي الدرجـة، ومعرفـة الحضانة[1].

في حالة عدم الأمهات والآباء[2]:

اختلف الشافعية فيما إذا لم يكن للصغير أحد المستحقات للحضانة من الأمهات والآباء، ففيه ثلاثة أوجة. يقول صاحب "المهذب في فقه الإمام الشافعي": "إن عدم الأمهات والآباء ففيه ثلاثة أوجة:-

أحـدها : النسـاء من العصبات، فهم الأخوات والخالات أحق من الأخوة وبنيهم، والأعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية.

والثاني : أن العصبات أحق من النساء لاختصاصهم بالنسب والقيام بتأديب الولد.

والثالث : أن كان العصبات والنساء ممن كان أقرب قدم، وإن استويا في القرب قدمت النساء، وان استوى إثنان في حضانة الصغير أقرع بينهما"[3].

فإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء، وله أقارب من الرجال ذوي الأرحام، فخلاف بينهم:

ففي رواية : هم أحق من السلطان لأن لهم رحماً، وفي رواية أخرى: السلطان أحق بحضانة الصغير، لأنه لا حق لهم مع وجود غيرهم[4].

4.1.2.3 مذهب الحنابلة في المستحقين للحضانة وترتيبهم في الاستحقاق.

أن الحضانة عند الحنابلة[5] مقدمة للنساء، ثم للرجال من العصبات، ثم ينتقل إلى ذوي الأرحام رجالاً كانوا أو نساءً، وترتيبهم كما يأتي:

---

(1) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص233؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص285.

(2) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص233؛ الشيرازي، المهذب، ج3، ص167.

(3) الشيرازي، المهذب، ج3، ص167.

(4) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص234؛ الشيرازي، المهذب، ج3، ص167-168.

(5) ابن قدامة، المغني، ج11، ص413؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص187؛ البهوتي، منصور بن يونس إدريس(ت.1051هـ)، شرح منتهى الإرادات، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت-

أولاً : الأم.

ثانياً : أمهات الأم.

فإن لم توجد الأم، أو لم تكن من أهل الحضانة، فالحضانة لأمهاتها، وإن علون، الأقرب فالأقرب، لأنهن في معنى الأم شفقة[1].

ثالثاً : الأب.

فإذا لم توجد الأم وأمهاتها تثبت الحضانة إلى الأب، لأنه أحد الأبوين، ولأنه أقرب من غيره، ولأنه الأصل وأحق بولاية المال، وشفقته على الصغير [2].

رابعاً : أمهات الأب.

خامساً : الجد.

سادساً : أمهات الجد.

فإن لم يوجد الجد فالحضانة لأمهات الجد، لأنهن يدلين بمن هو أحق بالحضانة، يقول البهوتي[3] : " قدمن على الأخوات مع إدلائهن بالأب لما فيهن من وصف الولادة وكون الطفل بعضاً منهن، وذلك مفقود في الأخوات"[4].

لبنان،1421هـ-2000م، ج5، ص693؛ ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبو بكر(ت.751هـ)، جامع الفقه، حققه :يسري السيد محمد، ط.1، دار الوفاء، منصورة-مصر، 1432هـ-2000م، ج6، ص271، السفاريني، شمس الدين محمد بن أحمد بن سالم، كشف اللِثَام شرح عمدة الأحكام، ط.1، مكتبة الشؤون الفنية، الكويت، 2007م، ج6، ص52؛ ابن قدامة، موفق الدين(ت.620هـ)، الكافي، ط.1، هجر، 1418هـ-1997م، ج5، ص109؛ أبو الخير، علي، الواضح في فقه الإمام احمد، ط.1، دار الخير، 1995م، ص469.

(1) ابن قدامة، الكافي، ج5، ص109؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص189؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات؛ ج5، ص694؛ أبو الخير، الواضح في فقه الإمام احمد، ص469.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص189؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات؛ ج5، ص694؛ ابن قيم الجوزية، جامع الفقه، ج6، ص271؛ أبو الخير، الواضح في فقه الإمام احمد، ص470.

(3) البهوتي هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن إدريس البهوتي الحنبلي، البهوتي نسبة إلى قرية بُهوت من قرى الغربية بمصر، هو فقيه، توفي بمصر في 10 ربيع الثاني سنة 1051هـ، عمره 51 سنة، أنظر : كحالة، معجم المؤلفين، ج3، ص920.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص189.

سابعاً : الأخوات.

ثامناً : الخالات.

تاسعاً : العمات.

عاشراً : خالات الأم.

حادي عشر : خالات الأب.

ثاني عشر : عمات الأب.

ثالث عشر : بنات الأخوة وبنات الأخوات.

رابع عشر : بنات أعمام وبنات عمات.

المستحقون للحضانة من العصبة :

فإن لم يكن للمحضون أحد ممن سبق، فالحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب، وتثبت لهم الحضانة كالأب، لأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة، وعلى الترتيب الآتي :

أولا : الأب.

ثانياً : الجد.

ثالثاً : الجد أب الأب، وإن علا.

رابعاً : الأخ لأبوين ثم الأخ لأب، ثم بنوهم وإن سفلو على ترتيب الميراث.

خامساً : الأعمام، ثم بنوهم.

سادساً : أعمام الأب، ثم بنوهم.

فإن كان المحضون الأنثى فالحضانة عليها لعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، بأن تكون ربيبة له دخل بأمها فلا حضانة على الأنثى لإبن العم ونحوه كإبن عم الأب إذا لم يكن محرما برضاع ونحوه، لأنه ليس من محارمها، لو كانت أنثى دون سبع سنين، فإن لإبن العم حضانة عليها، لأنه لا حكم لصورتها وليست ممن هم محلا للشهوة، فإن لم يكن لبنت سبع سنين سوى ابن عمها ونحوه ممن ليس محرما لها سلمها إلى إمرأة ثقة تختارها أو إلى محرمه[1].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص191؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص695؛ أبو الخير، الواضح في فقه الإمام احمد، ص470.

المستحقون للحضانة من ذوي الارحام :

بعد ذلك تكون الحضانة لذوي الأرحام رجالاً كانوا أو نساءً، لأن لهم رحما وقرابة، وأولادهم أب أم، ثم أمهاته، ثم أخ لأم، ثم خال، ثم بعد ذلك تكون الحضانة للقاضي، يسلم المحضون لثقة يختاره.

فإذا اجتمع مستحقات للحضانة في درجة واحدة من المحضون كأخ وأخت، أو عم وعمة، أو أبن أخ وبنت أخ، فالأنثى تقدم على من في درجتها من الذكور, ولو تساوياً في الدرجة فالتقديم بالقرعة(1).

الرأي الراجح :

الراجح الجمع بين المذاهب الأربعة فتقدم الأم على الغير لأنها أقرب وأشفق وأحن، فإذا ما فقدت الأم شرطاً من الشروط التي يجب توافرها انتقلت الحضانة إلى أم الأم بحكم الشفقة والحنان ولإدلائها للأم، ثم الأب لأنه أحد الأبوين، ولأنه أقرب من غيره، ولأنه يشارك الأم في الحنان والشفقة، ثم أم الأب لأنها الأقرب بعد الأب للصغير وإن كانت الحضانة تدلى من جهة الأم، ثم الجد لأنه بمنزلة الأب، ثم أم الجد لأنها يدلي بالجد، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم ابنة الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب.

فإن لم يوجد أحد ممن سبق أو لم يتوافر الشرط من شروط الحضانة، فالحضانة تنتقل إلى العصبات من الرجال الأقرب فالأقرب، وتثبت لهم الحضانة كالأب والجد، لأن لهم ولاية وتعصيبا بالقرابة، فيقدم منهم المحرم الوارث على ترتيب الإرث- والله أعلم.

2.2.3 المستحقون للحضانة وترتيبهم في الاستحقاق في القانون الإسلامي التايلندي.

نصت المادة (172) من القانون الاسلامي التايلندي على أن : " الأم لها حق الحضانة وتنتهي ببلوغ الصغير أو أن يصبح العاجز قادرا، إلا،

(1) أن تتزوج من غير أبيه، والزوج ليس رحماً محرماً من الصغير والعاجز.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص427؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص191.

(2) فقد شروط الحضانة.

(3) انتقال الحاضنة إلى غير بلد المحضون.

(4) عدم قدرة الحاضنة على القيام بواجب الحضانة.

(5) أن تكون مفقودة.

(6) وفاة الحاضنة.

وللأسباب المذكورة ينتقل حق الحضانة لمن يليها على الترتيب التالي:

(1) جدة (أم الأم).

(2) ثم أب.

(3) ثم أم الأب.

(4) ثم أخوات.

(5) ثم أخت لأم(الخالة).

(6) ثم بنت الأخت.

(7) ثم بنت الأخ.

(8) ثم عمة الصغير

(9) العصبات أو من له نصيب في الميراث الأقرب فالأقرب.

فإذا رفض الحضانة من له ذلك انتقلت إلى من يليه، وإذا رغب فيها الأب يخير إن اختار الأب يدفع إليه، وإذا اختار الأب والأم أو الجدة يقرع بينهما.

وإذا اختار الأب يحق للأم أو الجدة أن تزوره وعليها الالتزام بالآداب الشرعية لانتهاء الزوجية، وإذا مرض الولد ولم يرض الأب لأم الولد أو جدته التمريض يحق للأم أو الجدة أن تأخذه إلى بيتها للتمريض إذا كان سكنها لم يبعد عن بيته أكثر من امكان زيارته له عادة."

ونصت المادة (173) على أنه : "وإذا تعدد وتساوى من له حق الحضانة في المرتبة الواحدة، والنزاع قائم، يقرع بينهم، والأقارب لأبوين أحق من الأقارب لأب."

ويلاحظ من نص المادة(172) أن القانون الاسلامي التايلندي جعل حق الحضانة للأم مقدمة على غيرها، لأنها أقرب وأشفق وأحن، إذا لم تتوافر شرائط الحضانة أو تُسقط حقها، فالحضانة انتقلت إلى من يليها بالترتيب، وكذلك يدل على

حق الحضانة مستحق للنساء مقدمة على الرجال، سواء كانوا من جهة الأم أو من جهة الأب، لأنهم أقدر وأصبر على رعاية الصغير والعاجز.

وكذلك التقديم الأب على أم الأب والأخوات، لأن الحضانة من الولاية، فالأب أولى منهم وأكثر حرصاً على رعاية أبنائه.

ونفهم من نص المادة(173) أنه إذا تساوى أو تعدد مستحقوا الحضانة في المرتبة الواحدة، يقرع بينهم، ويقدم أقارب لأبوين على أقارب من جهة الأب.

ويفهم على ذلك أن القانون الإسلام التايلندي قد يجمع الرأي بين المذاهب الأربعة على ترتيب لمن له حق الحضانة بتقديم النساء من محارم الصغير ثم للعصبة من الرجال.

3.3 شروط استحقاق الحضانة ومسقطاتها في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

1.3.3 شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

إن الحضانة حق للحاضن والمحضون، وإن حق المحضون أقوى من حق الحاضن، لأن المحضون في حاجة إلى من يقوم عليه ويربيه، والحضانة من الولايات والغرض منها صيانة المحضون ورعايته، وعلى هذا فالحضانة تثبت لمن كان أهلاً بها بتوافر شروطها[1].

ويرى الفقهاء أن هذه الشروط تشترط في كل من يثبت له حق الحضانة لا فرق في ذلك بين النساء والرجال، وبعضها خاصة بما إذا كانت الحاضنة أمراة، وبعضها خاص بما إذا كان رجلاً، وكذلك بعض هذه الشروط متفق عليه، وبعضها خلاف بينهم في ذلك.

1.1.3.3 الشروط العامة للنساء والرجال :

يشترط في كل من يقوم بحضانة الصغير أو الصغيرة رجلاً كان أو مرأة فما يأتي :

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص412.

أولاً : التكليف.

أي البلوغ والعقل، وذهب الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أنه يشترط لمن يثبت له الحضانة أن يكون بالغاً، فلا حضانة للصغير، لأن الحضانة نوع من الولاية، والصغير ليس من أهل الولاية، ولأنه لا يقدر على القيام بشؤون نفسه، فكيف بشؤون غيره، ويقول الشربيني[5]: ""وثاني عشرها -أي من شروط من له الحضانة- أن لا يكون صغيراً، لأنها ولاية وليس هو من أهلها"[6].

ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ**﴾[7]، ووجه الاستدلال أنه لا يؤخد الصبي قبل البلوغ بتصرفات[8].

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((**رُفِع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلِم، وعن المجنون حتى يعقل**))[9]، ووجه الاستدلال دل على أن علة في الحديث رفع المسؤلية في الحضانة للصبا، ولأن حضانة ولاية وليس هو من أهلها[10].

---

(1) ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص253.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج5 ص596؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص758.

(3) الشربيني، مغني المحتاج ، ج3، ص597؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص88.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193؛ ابن قدامة، الكافي، ج5، ص112.

(5) الشربيني هو شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني، كان فقيهاً ومفسراً ومتكلماً نحوياً وصرفياً، وتوفي في2 سعبان سنة977هـ، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج3، ص69.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص597.

(7) سورة النساء، الآية : 6.

(8) رضا، محمد الرشيد، تفسير المنار، ط.2، دار المنار، القاهرة، 1366هـ-1947م، ج4، ص380.

(9) ابو داود، سنن ابو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث رقم: 4403، ص790، حققه الألباني وقال : صحيح، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج2، ص4.

(10) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص597.

وأما العقل فلا خلاف بين الفقهاء فيمن يثبت له الحضانة يشترط فيه أن يكون عاقلاً[1]، فلا حضانة للمجنون والمعتوه، لأنهما بحاجة إلى من يرعى شؤونهما، وبالتالي لا يكون لهما تولي شؤون غيرهما، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، يقول البهوتي صاحب "كشاف القناع" : "ولا حضانة لمجنون ولو غير مطبق، ولا لمعتوه ولا لطفل، لأنهم يحتاجون لمن يحضنهم"[2].

والدليل على ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم قال : **((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل))**[3]، ووجه الاستدلال أن الحديث يدل على رفع المسؤلية عن المجنون لأنه ليس ليس أهلاً لها، والحضانة مسؤولية فلا يكون أهلاً لها في الحضانة، لانعدام أهليته[4].

ويستوي في الجنون أن يكون مطبقاً أو متقطعاً فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، وكذلك المعتوه يأخذ بحكم المجنون والصغير [5].

ومع أن الفقهاء اتفقوا في ذلك إلا أنهم اختلفوا في اشترط الرشد مع البلوغ والعقل لاستحقاق الحضانة.

ذهب المالكية والشافعية إلى اشتراط الرشد مع البلوغ والعقل في الحاضن والحاضنة حتى يصان المال، فلا حضانة لسفيه ولا لمبذر [6]، والشخص إذا بلغ ولم يرشد لا تكمل أهليته ولا ترتفع الولاية عنه، لأن الحضانة ولاية وغير الراشد ليس من أهل الولاية.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253؛ الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص758؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص505؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص88؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193.

(3) ابو داود، سنن أبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث رقم: 4402، ص790، تحقيق الألباني وقال: صحيح، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج2، ص4.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص595.

(5) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص758؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص505؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193.

(6) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص759؛ الشربيني، مغني المحتاج ، ج3، ص597.

فجاء في "المغني المحتاج" : "وعاشرها –أي من شروط من له الحضانة– أن يكون رشيداً، فلا حضانة لسفيه، لأنه ليس أهلاً للحضانة كما قاله القاضي الماوردي[1] والقاضي أبو الطيب[2]"[3]، ويقول الدردير[4] صاحب "الشرح الصغير" :"ورشد– المراد به صون المال– فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق"[5].

واستدلوا بقوله تعالى: **﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً * وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾**[6].

ووجه الدلالة :

أن الله سبحان وتعالى نهي عن تمكين السفهاء من التصرف في الأموال التي جعلها للناس قياماً، يدل على عدم جواز أن يدفع المال الى السفهاء بالبلوغ مع عدم الرشد[7]، وهذا النص لم يحدد الرشد بسن معينة، وبما أن الحضانة ولاية وهي الولاية

---

(1) الماوردي هو علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي(أبو حسن)، كان فقهياً، أصولياً، مفسراً، أديباً، سياسياً، ودرس بالبصرة وبغداد، وولي القضاء ببلدان كثيرة، وبلغ منزلة عند ملوك بني بويه، وتوفي ببغداد في ربيع الأول سنة350هـ، ودفن بمقبرة باب حرب، أنظر: كحالة، معجم مؤلفين، ج2، ص499؛ السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج5، ص267.

(2) أبو الطيب هو أحمد بن محمد بن سليمان، الحنفي نسبا، الشافعي مذهبا، عم الأستاذ أبي سهل، كان مقدما في معرفة الفقه واللغة ، وكان محدثا أدرك الأسانيد العالية، وصنف في الحديث، أنظر : السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج3، ص43–44.

(3) الشربيني، مغني المحتاج ، ج3، ص597.

(4) الدردير هو احمد بن محمد بن أحمد بن أبو حامد العدوي المالكي،(أبو البركات)، فقيه وصوفي ومشارك في بعض العلوم، وولد ببني عدي من صعيد مصر، وتوفي بالقاهرة سنة 1201هـ، أنظر : كحالة، معجم مؤلفين، ج1، ص242.

(5) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص759.

(6) سورة النساء، الآية : 5–6.

(7) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ص1010.

علـى مـال الصـغير، فـلا تثبت للسفهاء الحضـانة علـى الصـغير لأن قـد يتلـف مـال المحضون في حضانته.

وذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط الرشد في الحاضن والحاضنة، وإنما اشترطوا فيمن يثبت له الحضانة العقل والبلوغ فقط، وعليه فلا يشترط الرشد في الحاضن ذكراً أو أنثى، لأن الغرض من الحضانة القيام بمصالح وحاجات المحضون الشخصية، وليس القيام بشؤونه المالية أو الولاية على أمواله، ونص عليه ما جاء في "كشاف القناع" : "ولا حضانة لمجنون ولو غير مطبق، ولا لمعتوه ولا لطفل"[1]، ويدل على هذا شروط استحقاق الحضانة بحيث منعوا حضانة المجنون والمعتوه والصغير، ولم يذكر الرشد في شروط الحضانة.

القول الراجح :

أرى رجحان ما ذهب إليه القائلون بأن الرشد شرط في ثبوت حق الحضانة، لأن الحضانة ولاية وغير الراشد ليس من أهل الولاية، فلا يستحق الحضانة.

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

ورد في المادة (169) من القانون الإسلامي التايلندي اشتراط العقل وعدم الجنون فيمن يستحق الحضانة فجاء فيها " يشترط لمن يستحق الولاية والحضانة أن تتحقق فيه الشروط التالية: - في الفقرة (3)-العقل"، وجاء في القفرة(6) وعلى نص " أن لا يكون مريضاً بأمراض مذكورة في المادة (111)الفقرة(1)-أي-" أن لا يكون الحاضن أو الحاضنة مجنوناً، أو إذا كان هما مصاباً ببرص أو جذام ". ونفهم من هذه المادة أن الجنون مانع من حضانة الصغير.

ولم يذكر البلوغ شرطاً لمن يثبت له حق الحضانة في هذه المادة من القانون الإسلامي التايلندي.

ودل على أن القانون الإسلامي التايلندي يتفق مع المذاهب الفقهية من حيث أن العقل شرط من شروط استحقاق الحضانة، وخلاف بينهما حيث أن المذاهب الفقهية يشترط البلوغ شرط من شروط استحقاق الحضانة، وأما القانون لا يشترط في هذا الشرط.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193.

ثانياً : الإسلام.

حيث يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً إذا كان المحضون مسلماً، وذهب الحنفية إلى أنه أن المرتدة لا تستحق حضانة الصغير المسلم، جاء في "رد المحتار": " تثبت للأم النسبية ولو كتابية أو مجوسية بعد الفرقة، إلا أن تكون مرتدة، فحتى تسلم لأنها تحبس"[1].

واختلف الفقهاء فيما بينهم في استحقاق غير المسلم سوى المرتد حضانة الصغير المسلم على قولين:

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء، وهم الشافعية[2] والحنابلة[3] إلى اشتراط الإسلام في الحاضن والحاضنة، وقالوا لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم، لأن الحضانة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأن الكافر يفتن الصغير في الدين، وأما الارتداد فلم ينص عليه عنهم.

واستدلوا :

أ- قوله تعالى : **﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾**[4].

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى لم يجعل للكافرين على مؤمنين ولاية وبما أن الحضانة ولاية وهي الولاية على الصغير، لأنه يولد محتاجاً إلى من يقوم بأموره، وولاية التربية بالاضافة إلى الولاية على نفسه لتأديبه وتعليمه والولاية على مال أن كان له مال، فلا تثبت للكافر الحضانة على الصغير المسلم[5].

ب-لأن الكافر قد يفتن الصغير في دينه[6] حيث يعلمه الكفر ويربيه عليه، فيخرجه من الإسلام[7].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253.

(2) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص504؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص595؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص88.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193؛ ابن قدامة، الكافي، ج5، ص112.

(4) سورة النساء، الآية : 141.

(5) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص504-505؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص595.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص595.

(7) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193.

القـول الثـاني : ذهـب الحنفيـة[1] والمالكيـة[2] إلـى عـدم اشـتراط الإسـلام لاسـتحقاق الحضانة، فأجازوا حضانة الكافرة للمسلم.

واستدلوا :

بمـا روي عـن أبـي أيـوب، قـال سمعت رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم يقـول : **((من فرّق بين والدةٍ وولدها فرّق الله بينه أحِبَّتهِ يوم القيامة))**[3].

ووجه استدلال من الحديث أنـه يدل علـى أن النبـى صـلى الله عليـه وسلم نـهي من التفريق بين الأم وولدها، وأن هذه الشفقة على المحضون المطلوبـة لا تختلف في الحاضنة باختلاف الدين، فلو كانت الحاضنة غير المسلمة والصغير المحضون مسلم فهي كالمسلمة في استحقاق الحضانة[4].

ولكن هؤلاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة[5] على النحو الآتي :

أ- ذهب الحنفية إلى أنه يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة، أو يتضح أنـه في بقائه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها، أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

ب- ذهب المالكية إلى أن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خِيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج5، ص210، العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص471؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص756؛ العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص442.

(3) الترمذي، سنن الترمذي، ط1، كتاب السير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب في كراهة التفريق بين السبي، حديث رقم:1566، ص371، حققه الألباني وقال : حسن، أنظر : التبريزي، محمد بن عبدالله الخطيب، مشكاة المصابيح، تحقيق : محمد ناصرالدين الألباني، ط.2، المكتب الإسلامي، بيروت، ج2، ص1003.

(4) أنظر : الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7306.

(5) السرخسي، المبسوط، ج5، ص210؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253.

سبب الخلاف :

أن الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الاختلاف في اعتبار الحضانة ولاية أم لا، فمن رأى أن الحضانة ولاية كاملة للحاضنة على الصغير فقال بسقوط حق الحاضن الغير مسلمة في حضانة صغيرها، ومن اعتبر أن الحضانة ليست ولاية قال بحق الحاضن في حضانة صغيرها حتى وإن لم تكن مسلمة.

المناقشة والترجيح :

مناقشة أدلة القول الأول :

بأن الآية التي استدلالوا بها عامة وينبغي أن يكون الآية مخصصة.

مناقشة أدلة القول الثاني :

أن الحديث الدال على عدم جواز التفريق بين الوالدة وولدها فهو عام معارض بعموم من قوله تعالى ﴿**وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾.

القول الراجح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم في اشتراط الإسلام لاستحقاق الحضانة يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو أنه الاسلام شرط في الحاضن ذكراً كان أو أنثى، لأن الحضانة من الولاية، فلا تثبت الحضانة لغير المسلم على المسلم، ولأنه ربما يفتنه عن دينه، والحضانة مقصود بها إضافة إلى حفظ النفس تربية الطفل على آداب الإسلام، فلا يجوز أن يعطى الصغير إلى غير المسلم.

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

أخذ القانون الإسلامي التايلندي بما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهم الشافعية والحنابلة، حيث اشترط الإسلام لمن يثبت له حق الحضانة، فقد نصت المادة (169) في الفقرة (1) على أنه "يشترط فيمن يستحق الولاية والحضانة أن تتحقق فيه- الاسلام"، وعليه فالقانون الإسلامي التايلندي يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً.

ثالثاً : الأمانة.

المراد بالأمانة أن لا يكون الحاضن فاسقاً، ويتحقق هذا الشرط بوجود العدالة الظاهرة فيه، فإن فقد الحاضن أو الحاضنة هذا الشرط صار فاسقاً[1].

وقد اختلف الفقهاء في اشتراطه لاستحقاق الحضانة على التالي :

الرأى الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة في الأشهر[5]، إلى عدم استحقاق الفاسق الحضانة.

أدلتهم استدلوا بدليلين من المعقول :

1- أن الحضانة هي نوع ولاية، والولاية لا تكون لفاسق[6].

2- إن الفاسق لا يكون أميناً على رعاية المحضون حيث يهمل المحضون ولا يقوم بمتطلبات الحضانة، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به[7].

الرأى الثاني : يرى عدم اشتراط الأمانة في الحاضن، وهو رأي ابن قيم الجوزية[8].

أدلته :

1- لم يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم منع فاسقاً من تربية أبنائه وحضانتهم، وهكذا فعل الصحابة من بعده[9].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج ، ج3، ص595.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص254؛ الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج3، ص302.

(3) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص758؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص599.

(4) الشربيني، مغني المحتاج ، ج3، ص595؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص89.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص193؛ ابن قدامة، الكافي، ج5، ص112.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص595.

(7) زيدان، عبدالكريم، المفصل في الأحكام المرأة وبيت المسلم، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنا، 1420هـ-2000م، ج10، ص38.

(8) ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبدالله محمد (ت.751هـ)، زاد المعاد في هدى خير العباد، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، (1425هـ-2005م)، ج4، ص1117.

(9) ابن قيم، زاد المعاد، ج4، ص1117.

2- أن اشتراط العدالة يؤدي إلى ضياع معظم الصغار إذ قلَّما تجد حاضناً عدلاً[1].

عدلاً[1].

الرأي الراجح :

بعد استعراض أراء الفقهاء وأدلتهم يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من اشتراط الأمانة أي عدالة الحاضنة أو الحاضن، وهو الاكتفاء بالعدالة الظاهرة.

وأما أن الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة لم يمنعوا، فلا يشترط لثبوت العدالة فعل للنبي صلى وسلم، بل الآيات والأحاديث التى أوجبت رعاية المحضون تدل على أن الوظيفة المناطة لا تكون إلا لعدل، ومنها :

1. قوله تعالى : ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾[2].
2. قول الرسول صلى الله عليه وسلم لابن أم سلمة وقد حضنه الرسول لما تزوج : **((يا غلام سمِّ الله وكل بيمينك وكل مما يليك))**[3].

فهذه الأدلة تبين أن مهمة الحاضن تنشئه المحضون على التعاليم الإسلامية ولا يمكن أن تتحقق بكون الحاضن مضيعاً لأحكام الله في نفسه فكيف يغرسها في نفس المحضون.

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

أما القانون الإسلامي التايلندي فيرى أن الأمانة شرط من شروط استحقاق الحضانة والولاية، أي اعتبار الأمانة بمعنى العدالة، ونصت المادة(169) في الفقرة(2) على أنه "يشترط فيمن يستحق الولاية والحضانة أن تتحقق فيه : العدالة"، ونفهم من هذه المادة أن الفاسق لا حضانة له، وهو بهذا يأخذ برأي جمهور الفقهاء.

---

(1) ابن قيم، زاد المعاد، ج4، ص1117.

(2) سورة التوبة، الآية:71.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأطعمة، باب التسمية على الطعام والأكل باليمين، حديث رقم:5376، ص1064؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأشربة، باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما، حديث رقم: 2022، ص972.

رابعاً : القدرة البدنية.

اشتراط جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] كون الحاضن قادراً جسدياً،

فالعاجز كليا أو جزئياً كالمريض مرضاً لا شفاء منه، أو مرضاً معدياً يتحقق معه وجود الخطر على حياة الصغير، أو مصاباً بعاهة مقعدة كالفالج[5] والعمى ونحو ذلك، أو الشيخوخة فإنها تمنع من استحقاق الحضانة، لأنها تحتاج إلى من يقوم بشؤونها، ولأنها لا تقدر على القيام بشؤون نفسها، فكيف القيام بشؤون الصغير، وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ولكنها كثيرة الخروج، فلا تثبت لها الحضانة، وسنعرض لبعض أقوال الفقهاء الدالة على اشتراط القدرة، يقول ابن عابدين : "ويشترط في الحاضنة أن تكون قادرة، (قادرة) كما يعلم منه حكم ما إذا كانت مريضة أو كبيرة عاجزة"[6].

الأدلة :

استدلوا على ذلك بدليل من المعقول، وهو أن الصغير بحاجة لمن يقوم بشؤونه فإذا كان الحاضن عاجزاً عن القيام بشؤون نفسه، فكيف يقوم بشؤون غيره[7]، ففاقد الشيء لا يعطيه.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

ورد في القانون الإسلامي التايلندي في القفرة(6) من المادة (169) من شروط ممن يستحق الحضانة والولاية، " أن لا يكون مريضاً بأمراض مذكورة في المادة

---

(1) نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص566؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص758؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص599.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص597، الخن وغيره، الفقه المنجهي، ج2، ص188.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص194.

(5) الفالج هو مرض يحدث في أحد سقي البدن طولا فيبطل إحساسه وحركته، وربما كان في الشقين ويحدث بغتة، أنظر : الفيومي، أحمد بن محمد بن علي(ت.770هـ)، المصباح المنير معجم عربي–عربي، د.ط، مكتبة لبنان، بيروت–لبنان، 1987هـ، ص184.

(6) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253.

(7) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253.

(111) في الفقرة(1)-أي-"أن لا يكون الحاضن أو الحاضنة مجنوناً، أو مصاباً ببرص أو جذام "، ومن هذه المادة نفهم فيها أن القانون الإسلامي التايلندي يتفق برأي الفقهاء على أن يجب لمن له حق الحضانة قادراً، أي قدرة على حضانة الصغير، ودل على لمن كان به برص أو جذام لا يستحق الحضانة.

وجاء أيضاً في نفس المادة في الفقرة(7)- "أن يكون بصيراً"، ونفهم منها أن الأعمى لا حضانة له.

2.1.3.3 شروط الحضانة الخاصة بالنساء.

يشترط لاستحقاق المرأة الحضانة أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

أولاً : أن لا تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.

حيث اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون على آراء هي :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط أن تكون الحاضنة غير متزوجة بأجنبي عن المحضون، فإن تزوجت بأجنبي عنه سقط حق حضانتها، وهو ما ذهب إليه كل من المذاهب الأربعة في الراجح عندهم[1].

وقال الشافعية[2] والحنابلة[3] بإثبات حق الحضانة للحاضنة إذا تزوجت ورضي ورضي والد المحضون بذلك، ورضي كذلك زوجها.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أ- ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص : "أن امرأة قالت يا رسول الله : إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص253؛ الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج3، ص300، العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص476؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص709؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص598؛ النووي، روضة الطالبين،ج6، ص506؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص89؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص194، ابن قدامة، الكافي، ج5، ص112.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص194.

حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : **((أنت أحق به ما لم تنكحي))**"[1].

ووجه الاستدلال : أنه الرسول الله صلى الله عليه وسلم جعل حق الحضانة للأم، لأنها أولى من الأب ما لم تتزوج، فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة[2].

ب- ما جاء عن سعيد بن المسيب قال : طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه أم ابنه عاصم فترافعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه بشأن ابنه عاصم فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهما لأمه ما لم يشب أو تتزوج، وقال أبو بكر : "إن ريحها- أي ريح الأم- وحجرها وفراشها خير له منك حتى يشب و يختار لنفسه"[3].

وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم[4]، ولم ينكر أحد هذا فيكون اتفاقاً بين الصحابة.

ج- أن الحاضنة المتزوجة تكون مشغولة بحقوق زوجها، فلا تتفرغ للقيام بحقوق المحضون[5]، فسقط حقها في الحضانة بزواجها.

---

(1) تقدم تخريجه، ص16.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596.

(3) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، أنظر: ابن أبي شيبة، أبو بكر عبدالله بن محمد بن إبراهيم(ت.235هـ)، منصف لابن ابي شيبة، تحقيق : ابو محمد أسامة بن إبراهيم بن محمد، ط.1، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1429هـ-2008م، باب ما قالوا في الرجل يطلق امراته ولها ولد صغير، حديث رقم : 19451، ج6، ص554-555؛ ورواه عبدالرزاق في مصنفه، أنظر: الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع (ت.211هـ)، المصنف عبدالزراق، تحقيق : أيمن نصرالدين الأوهري، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لنبان، 1421هـ-200م، باب أي الأبوين أحق الولد، ج7، ص120-121، قال ابن البر : هذا حديث مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعلم، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص245.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص42.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص194.

الرأي الثاني : ذهب الحسن البصري وابن حزم[1] إلى عدم اشتراط هذا الشرط، وعليه فإن مستحقة الحضانة لا يسقط حقها فيها بالزواج من أجنبي.

واستدلا على ذلك بما يأتي :

أ- قوله تعالى : ﴿**وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ**﴾[2]، ووجه الدلالة : أن الربيبة هي بنت امرأة الرجل من غيره، وقد بين سبحانه وتعالى على أن الربيبة تكون في حجر الزوج أي في بيته وتحت رعايته، فدل ذلك على أن المحضونة تكون مع أمها في بيت زوجها، وبالتالي فلا يمنع الزواج استحقاق الحضانة[3].

ب- الحديث الذي رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال : "قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة[4] بيدي، فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال : يا رسول الله إن أنساً غلام كَيِّسٌ فليَخْدُمْك، قال : "**فخَدَمْته في السفر والحضر**"[5]، ووجه الاستدلال : أن الحديث يدل على إن أنساً كان في حضانة أمه، ولها زوج، وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر ذلك، فدل على استحقاق الأم الحضانة ولو تزوجت[6].

---

(1) الشوكاني، نيل الأوطار، ص 1332؛ ابن حزم، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد، المحلى، ط.1، تحقيق : أحمد محمد شاكر، ادارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ، ج10، ص323.

(2) سورة النساء، الآية:23.

(3) ابن حزم، المحلّى ج10، ص323.

(4) أبو طلحة هو زيد بن سهل الأنصاري، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، سكن في المدينة(ت.34هـ)، وصلى عليه عثمان بن عفان رضي الله عنه، أنظر : البغوي، أبو القاسم عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز(ت.217هـ)، معجم الصحابة، ط.1، دار البيان، الكويت، 2000م، ج2، ص450؛ المزي، جمال الدين أبو الحجاج يوسف(ت.742هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ط.1، المؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ-1993م، مج 32، ص440.

(5) البحاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب استخدام اليتيم في السفر والحضر، حديث رقم : 2768، ص534.

(6) ابن حزم، المحلى، ج10، ص325.

الرأي الثالث : ذهب بعض الحنابلة إلى أن الزواج لا يسقط حق الحاضن في الحضانة إذا كان المحضون أنثى، وأنه يسقطها إذا كان المحضون ذكراً[1].

جاء في "المغنى" لابن قدامة : "ونقل مهنا عن أحمد إذا تزوجت الأم، وابنها صغير، أخذ منها. قيل له : فالجارية مثل الصبي؟ قال : لا، الجارية تكون معها إلى سبع سنين"[2].

واستدلوا :

بما روي عن على رضي الله عنه قال: خرج زيد بن حارثة إلى مكة، فقدم بابنة حمزة، فقال جعفر: أنا آخدها، وأنا أحق بها، ابنة عمي وعندي خالتها، وإنما الخالة أم، فقال على: أنا أحق بها، ابنة عمي، وعندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي أحق بها، فقال زيد: أنا أحق بها، أنا خرجت إليها، وسافرت، وقدمت بها، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثا، قال : "**وأما الجارية فاقضي بها لجعفر، تكون مع خالتها، وإنما الخالة أم**"، سلمها إلى جعفر وجعل لها الحضانة وهي مزوجة وإذا لم يسقط حق الخالة في الحضانة لتزوجها فالأم أولى والمحضونة كانت أنثي[3].

المناقشة والترجيح :

مناقشة أدلة الرأي الأول :

1- إن استدلالهم بحديث عمرو بن سعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم للمرأة : **((أنت أحق به ما لم تنكحي))**، بأن اسناد الحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولم يسمع أبوه من جده فهو صحيفه، لا يحتج به[4].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص420.

(2) ابن قدامة، المغني، ج11، ص420.

(3) أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث رقم:2278، ص398، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر : الألباني، محمد ناصرالدين، صحيح سنن أبي داود، ط.1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1419هـ، ج2، ص33.

(4) ابن حزم، المحلّى، ج10، ص325؛ الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، تحقيق : محمد صبحي حسن حلاق، ط.2، دار ابن الجوزي، الرياض- السعودية، 1421هـ، ج6، ص295.

وأجاب على ذلك بأن حديث عمرو بن شعب قبله الأئمة وعملوا به؛ البخاري وأحمد وابن المديني والحميدي وإسحاق بن راهوية وأمثالهم فلا تنتقل إلى القدح فيه[1].

2- وأما حديث عن سعيد بن المسيب فإنه اسناد ضعيف، فلا يجوز أخده بجحة[2].

وأجاب على ذلك بأن هذا حديث مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة, تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل[3].

مناقشة أدلة الرأي الثاني :

1- إن استدلالهم بقوله تعالى : ﴿**وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ**﴾[4]، لا يسلم لأن هذا القيد غير مقصود عند جمهور المفسرين حيث الربيبة تحرم على زوج أمها بالدخول بالأم سواء كانت في حجره أم لم تكن، كما أن الربيبة حين تكون مع أمها قد تكون بعد سن الحضانة عند بعض الفقهاء فيكون الاستدلال فيه نظر وعلى فرض صحته فلعل المراد حين لم يكن هناك أب أو وصي[5].

2- إن حديث أنس رضي الله عنه لا حجه فيه، لأن أحد من أقارب أنس لم ينازع أمه فيه، ولم يرفع أمره إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وهو طفل صغير وأمه مزوجة[6].

مناقشة أدلة الرأي الثالث :

إن استدلالهم بحديث ابنة حمزة رضى الله عنه لا حجة فيه، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة بأحقية خالتها في الحضانة، ولأن زوجها من أهل

(1) الصنعاني، سبل السلام، ج6، ص295.

(2) ابن حزم، المحلّى، ج10، ص328.

(3) الصنعاني، سبل السلام، ج6، ص295.

(4) سورة النساء، الآية:23.

(5) المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص223.

(6) ابن قيم، زاد المعاد، ص1116.

الحضانة لا يساويه في ذلك الاستحقاق إلا علي رضي الله عنه وقد ترجح جعفر رضي الله عنه لأن أمراته من أهل الحضانة فكان أولى[1].

الرأي الراجح :

أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، حيث يشترط في الحاضنة أن لا تتزوج بأجنبي عن المحضون، لأن أدلته قوية وسليمة، واتفاق الصحابة على ذلك، وكذلك فإن مصلحة المحضون تقتضي حاضنة متفرغة، وزواج الحاضنة من أجنبي يشغلها عن أداء حقوق المحصون.

ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي يسقط في الزواج حق الحاضنة في الحضانة.

فهل يشترط الدخول بالأجنبي أم تسقط الحضانة بمجرد العقد؟ على قولين هما:-

1- ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة بمجرد العقد ولو لم يتم الدخول الحقيقي[2] وذلك لأن الزوج يملك بالعقد منافع الاستمتاع بها، ويملك منع زوجته من حضانة ولدها [3].

2- ذهب المالكية[4] إلى أن الحضانة لا تسقط عن الحاضنة بمجرد القعد بل يجب يجب أن يتم الدخول الحقيقي، لأنه بالدخول يتأكد انشغال الزوجة بأمر زوجها.

وبالنظر في تعليلات أصحاب القولين أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو سقوط الحضانة عن الحاضنة بمجرد العقد عليها، لأنه بمجرد العقد يصبح من حق الزوج الاستمتاع بها، وعليها أن تتفرغ لزوجها وهذا يحول بينها وبين رعاية المحضون.

---

(1) ابن قيم، زاد المعاد، ص1116.

(2) العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص476؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص422؛ ابن قيم، زاد المعاد، ص1114.

(3) ابن قدامة، المغني، ج11، ص422؛ ابن قيم، زاد المعاد، ص1114.

(4) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص759.

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

نص القانون الإسلامي التايلندي في المادة (172) على أنه : "الأم لها حق الحضانة وينتهي ببلوغ الصغير أو إذا أصبح العاجز قادرا، إلا أن تتزوج من غير أبيه، والزوج ليس رحماً محرماً من الصغير والعاجز".

ويفهم من هذه المادة أن موقف القانون الإسلامي التايلندي أخذ بموقف جمهور الفقهاء حيث أسقط الحضانة عن الأم–أي الحاضنة– لزواجها بأجنبي أو بغير ذي رحم محرم للمحضون، فإذا تزوجت الحاضنة بذي رحم محرم من المحضون فلا تسقط حق الحضانة، لكن القانون لم يحدد زمان سقوط الحق هنا هل بمجرد العقد أو بالدخول، والظاهر أنه بمجرد العقد تبعاً لظاهر نص المادة القانونية مع أن القانون كان عليه أن يكون واضحاً في هذا الجانب.

ثانياً : أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون.

اختلف الفقهاء في اشتراطه على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] وبعض الشافعية[3] إلى اشتراط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للمحضون، كأمه أو أخته أو خالته أو عمته أو جدته ونحوهن، لأن مبنى الحضانة على الشفقة، وذات الرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، فلا حق للحاضنة كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة ونحوهن، لأنهن لا تكن أهلا للحضانة لعدم المحرمية.

القول الثاني : ذهب بعض الشافعية إلى عدم اشتراط **أن** تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون[4]، ولم أعثر لهم على دليل.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص41.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص760؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص598.

(3) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص515؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص594.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596.

الرأي الراجح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، لأن مبنى الحضانة على الشفقة، وفي ذلك رعاية لمصلحة المحضون، وهذا متوافر في ذوات الرحم المحرم بوجه كبير – والله أعلم.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

لم يذكر القانون الاسلامي التايلندي هذا الشرط، وبالتالي فإنه لا يشترط ذلك أخذاً بقول بعض الشافعية الذين لم يشترطوه.

3.1.3.3 شروط الحاضن من الرجال.

أولاً : أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كان أنثى.

وهو شرط مختلف فيه على النحو الآتي :

ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى أنه يشترط في الحاضن أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى، مع تفصيل في بحث المسألة كما سيأتي :

أ- ذهب الحنفية إلى اشترط أن يكون الحاضن محرماً للمحضونة، ونص عليه ما جاء في "بدائع الصنائع" : "وأما شرطها فمن شرائطها-أي الحضانة-العصوبة فلا تثبت إلا للعصبة من الرجال ويتقدم الأقرب فالأقرب، الأب ثم الجد أبوه وإن علا...، ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب إن كان الصبي غلاماً، وإن كانت جارية فلا تسلم إليه لأنه ليس بمحرم منها لأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها"[2]، وايضاً ما جاء في "البناية في شرح الهداية" : "فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً، لأن الولاية للأقرب، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم"[3].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص43؛ العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص477؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص759؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص516؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص105؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص191.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص43.

(3) العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص477.

أجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها ابقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأموناً عليها، والقاضي يدفع المحضونة حيث تتحقق مصلحتها، وما جاء في "البناية في شرح الهداية" : "إذا لم يكن عصبة للصغير يدفع إلى الأخ لأم، لأن عنده يقوم الأم ولاية، وإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم، والإختيار للقاضي وإن رآه أصلح، لضم إليه وإلا فيضع عند أمينة"[1].

ب – ذهب المالكية إلى أنه يشترط أن يكون الحاضن محرماً للمحضونة مطيقة، وإذا لم تكن مطيقة فلم يشترط في الحاضن أن يكون محرماً للمحضونة، ونص على ذلك ما جاء في "الشرح الصغير" : "وكون محرماً كأب: قال في الأصل ويشترط في الحاضن الذكر لمطيقة أن يكون محرماً لها ولو في زمن الحضانة كأن يتزوج بأمها، وإلا فلا حضانة له ولو مأموناً ذا أهل"[2].

يلاحظ هنا أن المالكية فرقوا بين كون الأنثى المحضونة لا تطيق الجماع فأجازوا لغير المحرم ضمها إليه إذا كان مأموناً عليها، وإذا كانت تطيق الجماع فلا يجوز ضمها إليه.

ج– أما الشافعية فلم يشترطوا في الحاضن أن يكون محرماً للمحضونة إذا كانت غير مشتهاة، ونص عليه في "روضة الطالبين" : "الصنف الثاني وارث غير محرم، كابن العم وابنه، وابن عم الأب والجد، فلهم الحضانة على الصحيح، وفيهم الوجه الذي حكاه البغوي، ثم إن كان الولد ذكراً أو أنثى لا تشتهى، سلمت إليه، وإن بلغت حداً تشتهى، لم تسلم إليه، لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة، وتعطى أجرتها، فإن كانت له بنت، سلمت إليه"[3]، وأجاز الشافعية تسليم المحضونة لغير محرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة، وتسليم لها لا

---

(1) العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص477.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص759.

(3) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص516.

له، إن لم تكن في رحله، كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحله، فإنها تسلم إليه، فتؤمن الخلوة[1].

د– ذهب الحنابلة إلى أنه يشترط في الحاضن أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى، ونص عليه قالوا : "فإن كانت أنثى فالحضانة عليها لعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، بأن تكون ربيبة له دخل بأمها فلا حضانة عليها لابن العم ونحوه كابن عم الأب إذا لم يكن محرماً برضاع ونحوه لأنه ليس من محارِمها، إذا بلغت سبعاً لم تسلم إليه أي: إلى ابن العم غير المحرم وقبلها– السبع–لابن العم الحضانة عليها لأنه لا حكم لعورتها، وليست محلا للشهوة"[2].

وعندهم بجواز تسليم المحضونة لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره، ونص عليه ما جاء في "كشاف القناع من الأقناع" : "فإن لم يكن لبنت سبع سوى ابن عمها ونحوه ممن ليس مَحْرَماً لها، سلمها إلى ثقة يختارها، أو إلى مَحْرمة"[3].

ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة فرقوا في كون الأنثى مشتهاة فلم يجوزوا لغير المحرم حضانتها وإن كانت غير مشتهاة فيجوز.

أدلتهم :

1- إن غير المحرم يجوز له التزوج بها، فلا يصح حضانته لها، لاحتمال حصول الخلوة بينهما.

2- أما المشتهاة التى تطيق الجماع، فلأنها تثير شهوة الرجل فربما يحصل المحذور من حضانته لها، فتمنع أما غير المشتهاة والتى لا تطيق الجماع، فلأن عورتها غير معتبرة في حق غير المحرم، فلأنها ليست محلاً للاشتهاء، فيجوز حضانته لها لعدم حصول محذور في هذا الأمر.

الرأي المختار :

بعد النظر في هذه المسألة أرى أنه لا بد أن يكون الحاضن ذا رحم محرم إذا كان المحضون أنثى مشتهاة، ولا تسلم المحضونة التي تشتهى إلى غير المحرم، فإذا

---

(1) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص516؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص105.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص191.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص191.

لم يكن للمحضونة حاضناً منهم سلمت لامرأة ثقه وأمينة، لأن القرابة غير المحرم يحل معها الزواج، وإذا ثبت حق الحضانة لغير محرم للمحضونة قد يؤدي إلى الفتنة ثم إلى الفساد فمنعاً للفساد لا تسلم، وهذا سدا للذرائع –والله أعلم.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما القانون الاسلامي التايلندي لم يصرح بهذا الشرط.

ويفهم من هذا أن القانون الاسلامي التايلندي يخالف رأي الفقهاء، حيث لا يشترط في الحاصن أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى.

ثانياً : أن يكون الحاضن من يصلح للحضانة من النساء.

حيث يشترط الفقهاء من المالكية[1] أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، لأن الرجال ليست قدرة لهم ولا صبراً عندهم على أحوال الأطفال كالنساء.

فإن لم يكن للحاضن ذلك فلا حق له في الحضانة وهذا شرط عند المالكية، جاء في "الشرح الصغير" : "ويزاد للذكر الحاضن من أب أو غيره أن يكون عنده من يحضن من الإناث كأم أو زوجة أو أمه أو خالة أو عمة، لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما النساء"[2].

وأيضا ما جاء في "حاشية الدسوقي على شرح الكبير" : "و حاصله أن الحاضن إذا كان ذكراً فيشترط في ثبوت الحضانة له أن يكون عنده من الإناث من يصلح لتولية أمر المحضون من زوجة أو غيرها"[3].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

إن القانون الاسلامي التايلندي لم يشترط أن يكون مع الحاضن من يصلح للحضانة من النساء، فدل ذلك على عدم اشتراطه إذ لو أراد كذلك لاشترطه صراحة، فدل سكوته عنه على عدم اشتراطه.

---

(1) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص759؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص529.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص759.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص529.

2.3.3 مسقطات حق الحضانة وعودته في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

1.2.3.3 مسقطات حق الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي:

1.1.2.3.3 مسقطات حق الحضانة في الفقه الإسلامي :

تسقط الحضانة إذا وجد مانع يمنع من استحقاقها، أو فقد شرط من شروطها، وعليه فإن الأمور التى تسقط بها الحضانة هي على النحو الآتي:

1. أن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، هذا شرط عند جمهور الفقهاء.
2. أن يصاب الحاضن بآفة كالجنون أوالعته أو يلحقه مرض يضر بالمحضون كالجذام والبرص، لأنه لا يتأتي منه الحفظ، فهي تحتاج إلى من يقوم بشئونها.
3. سفر الولي أو الحاضن بالمحضون سفراً يضر به،
4. فسق الحاضن أو قلة دينه، بأن كان غير مأمون على المحضون، ولا حظ له في حضانته، لأنه ينشأ على طريقته.
5. تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة، وانتقال الحضانة إلى من يليه من المستحقين(1)، قال الحنابلة : "ولو امتنعت الأم من الحضانة لم تجبر عليها لأنها غير واجبة عليها ثم أمهاتها القربى فالقربى"(2)، وقال الشافعية : "وإن غابت الأم أو امتنعت من الحضانة فللجدة مثلاً أم الأم على الصحيح كما لو ماتت أو جنت، وضابط ذلك أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه"(3).

2.1.2.3.3 مسقطات الحضانة في القانون الإسلامي التايلندي:

فصل القانون الإسلامي التايلندي الأمور التي يسقط بها حق الحضانة، فقد نصت المادة(172) على أن : "الأم لها حق الحضانة وتنتهي ببلوغ الصغير أو أن يصبح العاجز قادرا إلا،

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص195؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص427.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص189.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596.

(1) أن تتزوج من غير أبيه، والزوج ليس رحماً محرماً من الصغير والعاجز.

(2) فقد شروط الحضانة.

(3) انتقال الحاضنة إلى غير بلد المحضون.

(4) عدم قدرة الحاضنة على القيام بواجب الحضانة.

(5) أن تكون مفقودة.

(6) وفاة الحاضنة.

2.2.3.3 عودة الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

1.2.2.3.3 عودة الحضانة في الفقه الإسلامي.

إذا سقط حق الحضانة لمانع من الموانع، ثم زال المانع، هل يعود حق الحضانة لصاحبها أو لا؟ اختلفت الفقهاء في ذلك على النحو التالي :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3]، إلى أنه إذا سقط حق الحضانة لمانع ثم زال المانع، يعود حق الحضانة إلى صاحبه، سواء أكان اضطرارياً كالمرض، أم اختيارياً كالسفر والزواج والفسق.

وذهب الحنفية إلى أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن ولو قبل انقضاء العدة، أما الطلاق الرجعي فلا بد من انقضاء العدة [4].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن حق الحضانة يعود فور طلاق المنكوحة، سواء أكان بائناً أم رجعياً[5].

أدلتهم :

استدلوا بالمعقول، وهو إن مانع الحضانة عندما قام منع منها، فلَّما زال عاد الممنوع وهو الحضانة.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص42؛ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص565.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص597، الرافعي، العزيز، ج10، ص91.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص195؛ المغني، ابن قدامة، ج11، ص427.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص42؛ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص565.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص596؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص91؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص195؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص427.

القول الثاني : ذهب المالكية[1] إلى التفريق بين العذر الاختياري والعذر الاضطراري في زوال حق الحضانة على النحو التالي :

أ – إذا سقطت الحضانة عن الحاضنة بعذر اضطراري، كمرض وخوف مكان وسفر، ثم زال هذا العذر، عاد حق الحضانة للحاضنة، لأن المانع هو العذر الاضطراري وإذا زال المانع عاد الممنوع.

وذلك لأن العذر الذي به زال حق الحضانة لم يكن باختيار المحضون فلو لم يحصل لما رضي بسقوط الحضانة، فتعود إليه الحضانة لزال العذر.

ب – إذا سقطت الحضانة عن الحاضنة بعذر اختياري، كزواج بأجنبي عن الصغير ودخل بها، ثم طلقت منه، أو سافرت باختيارها لا لعذر ثم عادت من سفرها، وأرادت أن يعود إليها حقها في الحضانة فلا يعود لها حقها في الحضانة، لأن الحضانة سقطت باختيارها، وبناء على أن الحضانة حق للحاضنة، فلا يعود بزوال المانع، وهو المشهور عند المالكية[2].

وقيل : تعود الحضانة، بناء على أن الحضانة حق للمحضون.

جاء في "الشرح الصغير":"ولا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بدخولها، بعد تأيُّمِها : أي فراقها بطلاق أو موت لزوجها، أو فسخ الفاسد بعد الدخول، أو بعد إسقاطها الحضانة الثالثة لها بلا عذر أو بعد إسقاط الحضانة، فإذا أسقطت حقها منها ثم أرادت العود لها فلا كلام لها، لأن الحضانة حق للحاضن على المشهور، وقيل حق للمحضون فلهما الرجوع فيها"[3].

القول المختار :

أرى أن الرأي المختار هو قول جمهور الفقهاء في عودة الحضانة لصاحبها إذا زال المانع، وذلك في القاعدة : (إذا زال المانع عاد الممنوع)[4]، دل على أنه إذا زال

(1) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص763؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص600.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص763؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص600.

(3) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص763.

(4) أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ج1، ص316.

المـانع عـاد الممنـوع، أي إذا سـقط حـق الحضـانة لمـانع ثـم زال المـانع، يعـود حـق الحضانة لصاحبه، لا فرق بين عذر اضطراري أو عذر اختياري.

2.2.2.3.3 عودة الحضانة في القانون الاسلامي التايلندي :

نصت المادة (174) من القانون الاسلامي التايلندي على أنه : "إذا طلقت الأم أو زال المانع عمن فقد الحضانة بسببه، يعود حق الحضانة إليها".

ونفهم من هذه المادة أن حق الحضانة يعود إلى الحاضنة إذا زال سبب سقوطه دون أن يفصل في ذلك بين من طلقت طلاقاً رجعياً أو طلاقاً بائناً، وكذلك حق الحضانة يعود لصاحبه لا فرق بين عذر اضطراري أو عذر اختياري.

وبناء على ذلك أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي جمهور الفقهاء.

4.3 الأحكام العامة للحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

ويشتمل هذا البحث على أجرة الحضانة، ومكان الحضانة والانتقال بالمحضون، ومدة الحضانة، وحق التخيير في الحضانة، وحق رؤية محضون وزيارته.

1.4.3 أجرة الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

إن المقصود بأجرة الحضانة مقابل العمل الذي تقوم به الحاضنة، من رعاية المحضون، وحمايته، وحفظه، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، ويجعل من الحضانة عملاً للحاضنة في خلال فترتها، والحضانة قد تكون لأم المحضون، وقد تكون لغير أمه، فهل تستحق الحاضنة أجرة على الحضانته أماً كانت أو غيرها؟

1.1.4.3 أجرة الحضانة.

اختلف الفقهاء في استحقاق الحاضنة أجرة على قيامها بالحضانة على النحو التالي :

القـول الأول : ذهـب الحنفيـة[1] والمالكيـة[2] إلـى أن الحاضـنة لا تسـتحق أجـرة علـى حضانتها إذا كانت الزوجة، أو معتدة لأبي المحضون.

فـإذا كانـت الحاضـنة أم المحضـون، لا تسـتحق أجـراً علـى الإرضـاع، لوجوبهـا عليهـا ديانــة، ولأنهــا تســتحق النفقــة فــي أثنــاء الزوجيــة والعــدة، وتلــك النفقــة كافيــة للحضانة[3].

وأمـا إن كانـت الحاضـنة غيـر الأم أو أم مطلقـة وانقضـت عـدتها، فإنهـا تسـتحق الأجرة مـا لـم تتبـرع، لأنهـا لا تسـتحق النفقـة علـى الأب فتكـون حينئـذ قـد حبسـت نفسـها للقيام بالحضانة[4].

ولـو أجبـرت الحاضـنة علـى الحضـانة بـأن لـم توجـد غيرهـا فإنهـا تسـتحق أجـرة الحضـانة، وهـو الـراجح عنـد الحنفيـة، لأن الإجبـار عليهـا لا ينـافي اسـتحقاق القـائم بهـا الأجرة عليها[5].

وتدفع أجرة الحضانة من مال المحضون إن كان له مـال، وإلا فمـن مـال أبيـه أو من تلزمه نفقته أي المحضون، وهذا كله عند الحنفية

وأمـا المالكيـة فـلا تسـتحق أجـرة الحضـانة للحاضـنة عنـدهم، ولـيس لأم أن تُنفـق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها له، إلا أن تكون معسرة[6].

القـول الثـاني : ذهـب الشـافعية[7] والحنابلـة[8] إلـى أن الحاضـنة تسـتحق أجـرة علـى الحضانة سواء كانت الحاضنة أماً أو غيرها.

واستدلوا بأن الحضانة غير واجبة على الأم، ولو امتنعت من الحضـانة لـم تجبـر عليها، وأجرة الحضانة تجب فـي مـال المحضـون، فـإن لـم يكـن لـه مـال فعلـى مـن تلزمـه

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص259–260

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص765.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص259–260.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص260.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص260.

(6) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص765.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص592

(8) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص188–189.

نفقته، لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، والأجرة على الحضانة هي أجرة المثل[1]، وقيد الشافعية ذلك بما إذا لم توجد متبرعة، ولا من ترضى بأقل من أجرة المثل[2].

وأما الحنابلة فإن الحاضنة تستحق الأجرة على حضانة المحضون، ولها الأجرة على حضانته حال قيام الزوجية وبعدها قياساً على استحقاقها الأجر في الرضاع، أي إن الارضاع لحفظ الصغير فتجب الأجرة، وكذلك الحضانة لحفظ الصغير فتجب الأجرة، والأجرة على الحضانة لها هي أجرة المثل ولو مع وجود متبرعة بالحضانة[3].

سبب الاختلاف :

أصل الخلاف أجر الحضانة يرجع إلى كون الحضانة حق للحاضن أو حق للمحضون، فمن رأى أنها حق للحاضن لم يجعل له أجرة لانه لا يتصور أن تكون من حقه ويأخذ أجرة على ذلك الحق، ومن رأى أنها حق للمحضون أوجب له أجرة.

الرأي الراجح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء في أجرة الحاضنة يتبين أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة بأن الحاضنة تستحق أجرة على الحضانة سواء كانت الحاضنة أماً أو غيرها، لإنها حبست نفسها من أجل تربية المحضون والقيام بمصالحه وأموره، وأجرة الحضانة واجبة في مال المحضون إن كان له مال، وإلا فمن مال أبيه أو من تلزمه نفقته.

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

نص القانون الإسلامي التايلندي في المادة (179) : على أنه يحق للزوجة أخذ أجرة الحضانة وأجرة الرضاع من زوجها بعد إعلامه إياها.

وكذلك في المادة (180) على أنه : "إلا أن يتفقا على غير ذلك، وحقها في الأجرة لم ينته إلا؛

1- إذا اكتمل الولد سنتين (في حالة طلب أجرة الرضاع).

2- إذا اكتمل الولد سبع سنوات (في حالة طلب أجرة الحضانة)".

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص592؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص188-189.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص592.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص188-189.

ونصت المادة (183) : "وفي تقدير أجرة الرضاع وأجرة الحضانة :
1- إذا اتفق الزوجان على شئ فعلى ذلك.
2- وإن لم يكن، فيرجع إلى القاضي في التقدير."

ونفهم من المادة 179،180، 183، من هذا القانون على أن الأم تستحق الأجرة على حضانة الولد المحضون، وأجرة الحضانة تكون في مال زوجها أي في مال أبي المحضون إذا اتفقاً ذلك، ولم يشرح القانون على أن أجرة الحضانة لأم المحضون تكون في حال قيام الزوجية أم في عدة الطلاق أم بعد انقضاء العدة، وأنها لا تستحق طلب أجرة الحضانة بعد بلوغ ولدها عمر سبع سنين، ومقدار أجرة الحضانة على موافق بين زوجين، وإلا فيرجع إلى القاضي في ذلك.

وبناء علي ذلك أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي الشافعية والحنابلة، حيث أن الحاضنة تستحق أجرة على الحضانة سواء كانت الحاضنة أماً أم غيرها.

2.1.4.3 أجرة مسكن الحضانة.

يقصد بمسكن الحضانة المسكن الذي تحضن فيه الحاضنة محضونها، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فهل تستحق أجرة المسكن ومن يلزم به.

اختلف الفقهاء في استحقاق الحاضنة أجرة المسكن على النحو الآتي :

القول الأول : وجوب أجرة مسكن الحضانة للحاضنة والمحضون، وذلك لأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجرة على الحضانة، بل على وجوب نفقة المحضون، وتجب على من تجب عليه نفقته باجتهاد القاضي، أو غيره بحسب حال الأب، وهو قول الحنفية في الراجح[1] والمالكية في الراجح[2].

القول الثاني : إلى أن أجرة السكنى من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحاضنة، يجب عليه إسكانها، وذهب إلى هذا الشافعية[3] والحنابلة[4]، واستدلوا بقوله تعالى :

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص261.

(2) الدردير، الشرح الصغير، ج2 ص764–765؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص601.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص566 وما بعدها.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص122.

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾[1].

الرأي الراجح :

بعد استعراض هذه الأقوال وأدلتها فإن الراجح هو القول بلزوم أجرة السكن على من تلزمه نفقة المحضون، فإن السكن من النفقة، ولكن هذا إذا لم يكن للحاضنة مسكن، فإن كان لها مسكن تحضن فيه المحضون تبعاً لها، فلا تجب الأجرة.

قال ابن عابدين: " ينبغي أن يكون هذا توفيقاً بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين"[2].

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

لم يصرح القانون الاسلامي التايلندي في هذه المسألة، ولكن جاء في باب نفقة الزوجة على الزوج، في المادة(63) الفقرة(7) : "على الزوج سكنى الزوجة"، ونفهم فيها أنه تجب نفقة الزوجة علي الزوج، ويجب عليه إسكانها.

وبناء علي ذلك أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي الشافعية والحنابلة حيث بأن السكن من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحاضنة، فيجب عليه إسكانها.

3.1.4.3 التبرع بالحضانة.

إذا وجدت الأم مع وجود متبرعة بالحضانة، فإما أن تكون هذه المتبرعة مع المحرم الحاضنة، وإما أن تكون من غير المحرم للمحضون،أي من غير الحاضنة، فالحنفية يرون أن الأم تقدم عليها، ولو طلبت أجراً، ويكون لها أجر المثل[3].

وإن كانت المتبرعة محرم للمحضون، فإنه يقال للأم : إما أن تحضينه مجاناً، وإما أن تسليمه للمتبرعة، ولكن هذا مقيد بشرطين:

1- إعسار الأب سواء أكان للصغير مال أم لا.

---

(1) سورة الطلاق، الآية : 6.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص262.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص262؛ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة–مصر، 1957م، ص411.

2- يسار الأب مع وجود مال للصغير، صوناً لمال الصغير، ولأنها في هذه الحالة تكون من مال الصغير، فإن كان الأب موسراً ولا مال للصغير فتقدم الأم وإن طلبت الأجرة نظراً للصغير[1].

الشافعية قيدوا ذلك، فإن وجدت متبرعة أو وجدت من ترضى بأقل من أجرة المثل سقطت حضانة الأم[2]

وقال الحنابلة : إن الأم تستحق الأجرة على حضانة الصغير، والأجرة على الحضانة لها هي أجرة المثل، ولو مع وجود متبرعة بالحضانة[3].

موقف القانون الاسلامي التايلندي :

سكت القانون الاسلامي التايلندي في هذه المسألة،

2.4.3 مكان الحضانة والسفر بالمحضون في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

إن المقصود بمكان الحضانة هو البيت الذي تقيم فيه الحاضنة والمحضون في بلد واحد، وهو يختلف تبعاً لقيام الزوجية بين الحاضنة وأبي المحضون وعدم قيامها، كما يختلف وفقاً لما إذا كانت الحاضنة هي الأم أو غيرها، وللفقهاء في ذلك شيء من التفصيل.

1.2.4.3 مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه.

آراء الفقهاء في مكان الحضانة وحكم الحضانة إذا أرادت الحاضنة السفر والانتقال من البلد إلى بلد آخر.

أولاً : الحنفية[4]، قد فصلوا كما يأتي :

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص262؛ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص411.

(2) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر(ت.1221هـ)، البجيرمي على الخطيب، ط.1، ، دارالكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1416هـ–1996م، ج4، ص105.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص188–189

(4) ابن عابدين، رد المحتار،ج5، ص272 وما بعدها؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص43؛ المرغياني، الهداية في شرح بداية المبتدي،ج1، ص301.

أ- أن تكون الحاضنة هي الأم في حال قيام الزوجية، أو في العدة من طلاق أو وفاة، فإن مكان الحضانة هو بيت الزوجية التي تسكن فيه الأم مع الأب، ولا يجوز للأم الانتقال به، إلا إذا أذن الزوج لها في الانتقال، لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في بيت الزوجية، سواء مع الولد أو بدونه، وحجتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿**لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**﴾[1].

ب- أن تكون الحاضنة أم المحضون قد طلقت وانقضت عدتها، فإن مكان حضانتها هو البلد الذي يقيم فيه أب المحضون، ويجوز للأم أن تنتقل بولدها إلى بلد آخر بحيث يستطيع الأب أن يسافر إليه ويرى ولده قبل دخول الليل، وكذلك يجوز للأم الانتقال بولدها إلى وطنها الأصلي الذي نشأت فيه ويوجد به أهلها، ويجوز لها الانتقال به إلى البلد الذي عقد الزوج عقده عليها فيه[2].

ج- أن تكون الحاضنة غير الأم كالجدة أو الخالة، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه حتى ولو كان وطناً لها، فلو انتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب، سقط حقها في الحضانة[3].

ثانياً : ذهب المالكية إلى أنه أن تكون الحضانة للمطلقة بعد انقضاء العدة، فإن مكان الحضانة هو مكان إقامة أب المحضون، فليس لها السفر سفر نُقْلة-أي (إقامة) وانقطاع من بلد إلى بلد ستة بُرد[4] فأكثر، إذا سافرت سقط حقها في الحضانة، وإذا سافرت السفر للحاجة كالحج والتجارة والزيارة ونحوه فإنه لا يسقط حقها في الحضانة[5].

---

(1) سورة الطلاق، آية : 1.

(2) المرغياني، الهداية في شرح بداية المبتدي،ج1، ص301.

(3) ابن عابدين، رد المحتار،ج5، ص274؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص43؛ المرغياني، الهداية في شرح بداية المبتدي،ج1، ص301.

(4) الستة برد تساوي 133 كم، أنطر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7309.

(5) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص763؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص531.

ثالثاً : ذهب الشافعية إلى أنه إن أراد أحد الزوجين السفر لحاجة كتجارة أو الحج، طويلاً كان السفر أو غير طويل، كان الولد مميزاً أو غير مميز بقي ولدهما مع المقيم من منهما حتى يعود[1].

وإذا أراد أحد الزوجين المفترقين سفر نقلة، فالأب أولى من الأم بالحضانة، سواء انتقل الأب أو الأم أو كل واحد منهما إلى بلد، وهذا بشرط أن تتحقق في سفر نقله أمن الطريق وأمن البلد المقصود المنتقل إليه، لأن في الحضانة الأب حفظ نسب الولد، ولأن نسب الأولاد يحفظه الآباء وليس الأمهات، ولأن في حضانة الأب رعاية لمصلحة الولد في التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق عليه[2].

فإن كان السفر مخوفاً أو البلد الذي يسافر إليه مخوفاً فالمقيم أحق بالحضانة للولد، لأن في السفر إضرار بالولد[3].

رابعاً : ذهب الحنابلة[4] إلى أنه إن أراد أحد الأبوين الانتقال إلى بلد قريب أي دون مسافة القصر، ليسكن في هذا البلد فالأم أحق بحضانة الولد، لأنها أتم شفقة والسفر القريب كأنه ليس سفراً.

وإذا أراد أحد الأبوين الانتقال إلى بلد آمن مسافة القصر فأكثر، ليسكنه، فالأب أحق بحضانة ولده، سواء كان هو المقيم أو المنتقل، وكان الطريق مخوفاً غير آمن أو البلد غير آمن، فالمقيم من الأبوين أحق بالحضانة.

الرأي المختار :

إذا كانت الحاضنة هي الأم في حال قيام الزوجية، أو في العدة من طلاق فإن مكان الحضانة هو بيت الزوجية التي تسكن فيه الأم مع الأب، فلا يجوز للأم الانتقال به، إلا إذا أذن الزوج لها في الانتقال.

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج3، ص169؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص512؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص600.

(2) الشيرازي، المهذب، ج3، ص169؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص600-601.

(3) الشيرازي، المهذب، ج3، ص169؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص512.

(4) ابن قدامة، المغني، ج11، ص419-420؛ ابن قدامة، الكافي، ج5، ص116-117؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص697.

وإذا كانت مطلقة وانقضت عدتها، فإن مكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه أب المحضون، فيجوز لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها الأصلي ويوجد به أهلها، والانتقال إليه لمصلحتها ومصلحة الولد المحضون.

وإذا كانت الحاضنة غير الأم، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه.

2.2.4.3 انتقال الأب أو من يقوم مقامه إلى بلد آخر.

إذا أراد الأب أو من يقوم مقامه في الولاية على المحضون الانتقال إلى بلد آخر، فهل تقوم الأم بالحضانة أم يسقط حقها؟

للفقهاء في المسألة مذهبان :

المذهب الأول : ذهب الحنفية إلى أنه لا يسقط حق الحضانة للأم الحاضنة إذا سافر الأب أو الولي[1].

وقالوا : لا يجوز للأب أو الولي الانتقال بولد من بلد أمه ما دامت حضانتها باقية، الا برضاها، لو انتقل به فلا يسقط حقها في الحضانة سواء كان البلد بعيداً أو قريباً، سواء كان السفر بقصد الإقامة أو التجارة أو الزيارة، لأن الحضانة حق الحاضنة. ما جاء في "ردالمختار" : "يمنع الأب من إخراجه من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها"[2].

المذهب الثاني : ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا سافر الأب أو الولي يسقط حق الحضانة للأم الحاضنة[3]، ولهم في ذلك تفصيل كما يلي :

عند المالكية : إن كان سفر الحاضنة أو الولي إلى بلد آخر مسافة ستة برد فأكثر بقصد الإقامة، فإن أراد الولى السفر المذكور كان له أن يأخذ المحضون من

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص274.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص274.

(3) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص761-762؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص512؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص600-601؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص419-420؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ، ج5، ص697.

حاضنة لانتقال معه وإن كان المحضون رضيعاً، بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حق الحضانة لها، إلا أن تسافر الحاضنة مع الولي فلا تسقط حضانتها[1].

وعند الشافعية : قد فرق بين السفر لحاجة وبين السفر لنقلة، فإذا أراد الولي أو الحاضنة سفر حاجة، كان الولد المميزاً أو غير مميز بقي ولدهما مع المقيم من منهما حتى يعود.

وإن أراد أحدهما سفر نقلة، فالأب أولى، بشرط أن تتحقق في سفر نقلة أمن الطريق وأمن البلد المقصود المنتقل إليه، ما جاء في "مغني المحتاج" ولو أراد أحدهما سفر حاجة كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود، أو سفر نقلة فالأب أولى بشرط أمن طريقه المقصود"[2].

وعند الحنابلة : إذا أراد أحد الأبوين الانتقال إلى البلد آمن مسافة القصر فأكثر، ليسكنه، فالأب أحق بالحضانة ولده، سواء كان هو المقيم أو المنتقل، وكان الطريق مخوفاً غير آمن أو البلد غير آمن، فالمقيم من الأبوين أحق بالحضانة[3].

الرأي الراجح :

بعد النظر هذه المسألة أرى-والله أعلم- أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح أي أنه يسقط حق الحضانة للحاضنة إذا سافر الأب أو الولي.

إذا أراد أحد الأبوين سفر نقلة، فالأب أحق بحضانة ولده، لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب المحضون وتعليمه وحفظ نسبه حتى لا يضيع، بشرط أن تتحقق في سفر نقلة أمن الطريق وأمن البلد، وإذا كان البلد غير آمن أو الطريق مخوف، فالمقيم من الأبوين أحق بالحضانة.

وأرى أنه يجب أن تتوفر في السفر راحة المحضون ومصلحته وصحته، فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأي من الأبوين أو غيرهما السفر به، سواء كان البلد بعيداً أو قريباً.

---

(1) الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص761-762.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص600-601.

(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ، ج5، ص697.

موقف القانون الاسلامي التايلندي في مكان الحضانة :

صرح القانون الإسلامي التايندي إلى أنه إذا أراد من له حق الحضانة السفر إلى مكان أو بلد غير آمن، أوالسفر إليه فيه ضرر بالولد، فالمقيم أحق بالحضانة، حيث نصت المادة (175) على أنه : "إذا سافر من له الحضانة والولاية ويتضرر الصبي لسفره معه، يدفع لمن يليه إذا كان مقيما".

وكذلك لا يجور لمن له حق الحضانة الإنتقال مع الولد المحضون إلى البلد آخر، إذا كان يؤدي إلى انحراف الولد، حيث نصت المادة (176) على أنه : "إذا انتقل من له الحضانة من البلد يحق له الانتقال مع الصغير أو العاجز؛ إلا إذا كان يؤدي إلى انحرافهما فلا يحق له ذلك".

ويفهم من هذا أن القانون الاسلامي التايلندي ذهب إلى عدم تحديد مسافة السفر إذا أراد الأبوان أو من له حق الحضانة السفر بالصغير، وإذا كان في السفر ضرر بالصغير المحضون فيسقط حق الحضانة للأبوين أو لمن له حق الحضانة، وإن كان السفر فيه مصلحة للصغير فلا يمنع من الحضانة.

وحاصل الأمر عند القانون الاسلامي التايلندي هو رعاية مصلحة الصغير، وأمر الأبوين بوجوب رعايته والعناية به، وهذا لقوله تعالى : ﴿**لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا**﴾[1].

3.4.3 مدة الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

لم يرد في القرآن ولا في السنة النبوية نصوص صريحة تحدد مدة الحضانة، ولكن اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، واختلف الفقهاء في بقاء الحضانة بعد سن التمييز، وذلك على اراء، وهي :

أولاً : الحنفية:

فرق الحنفية بين الغلام والجارية في مدة حضانة كل منهما، فقالوا :

بالنسبة للغلام : تستحق الأم أو غيرها حضانة ولدها حتى يستغني عنها فيأكل وحده ويشرب ويلبس وحده ويتوضأ وحده كذلك وحده، ولم يذكر الفقهاء في الغلام

---

(1) سورة البقرة، الآية : 223.

تقدير سن معينة، وإن كان نقل الإمام الخَصَّاف[1] قدر ذلك بسبع سنين أو ثمان سنين، وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين، والفتوى على قول الإمام الخصاف إعتباراً للغالب[2]، لقوله صلى الله عليه وسلم : **((مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين))**[3]، والأمر لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة[4].

وبالنسبة للجارية : فالأم والجدة أحق بها حتى تحيض، وعن محمد بن الحسن حتى تبلغ وتُشتهى، وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة، وقيل : حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين، والفتوى على أن الجارية تبقى عند الحاضنة حتى تبلغ تسع سنين[5].

بعد أن يستغني الغلام وتحيض الجارية تنتقل حضانة كل منهما إلى الأب، فيبقى الغلام عنده جبراً إلى البلوغ وبعد البلوغ يختار لنفسه مع من يكون، وأما الجارية فتبقى مع أبيها إذا كانت بكراً أما إن كانت ثيباً فلها أن تسكن وحدها إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها فيضمها أبوها إليه[6].

ووجه اختلاف الغلام والجارية في التحديد:

اختلاف الحكم بين الغلام والجارية كان من القياس أن تتوقف الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعاً، وذلك لأن الحضانة ضرب من ولاية، ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، إلا أنه ترك القياس في الغلام بإجماع الصحابة، لما روي أن أبا بكر رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر بن الخطاب

---

(1) الخصاف هو أحمد بن عمر بن مهر الشيباني، (أبو بكر)، فقيه، محدث، عالم بالرأي، عارف بمذهب أبي حنيفة متقدم عند المهتدي، توفي ببغداد سنة261هـ، له مؤلف منها:أدب القاضي، وأحكام الوقف، وغيرها، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج1، ص219.

(2) ابن عابدين، ردالمحتار، ج5، ص267؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص42؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص334، العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص478.

(3) أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة، حديث رقم :495، ص91، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر : الألباني، إرواء الغليل، ج1، ص266.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص267.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص267؛ العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص479.

(6) ابن عابدين رد المحتار، ج5، ص270.

لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه[1]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس، ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على ذلك[2].

بخلاف الجارية فتترك في يد الأم لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن، ولا يحصل ذلك إلا إذا كانت الجارية عند أمها، ثم بعد البلوغ تحتاج إلى حمايتها وحفظها عمن يطمع فيها فلا بد ممن يحميها والرجال أقدر على ذلك فتنتقل حضانتها إلى الأب[3].

ثانياً : المالكية :

فرق المالكية بين الغلام والجارية، فقالوا :

بالنسبة للغلام : فالأم أحق به حتى يبلغ فقط، جاء في "الشرح الصغير" : " وحضانة الذكر المحقق وهي : القيام بشأنه في نومه ويقظته للبلوغ، فإن بلغ ولو زمناً أو مجنوناً سقطت عن الأم، واستمرت النفقة على الأب إذا بلغ زمناً أو مجنوناً كما مر، وعليه القيام بحقه "[4].

وبالنسبة للجارية : فالأم أحق بها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، وإن بلغت ثلاثين أو أربعين سنة ولم تتزوج فالأم أحق بها ما دامت في حرز ومنعة وتحصين، جاء في "حاشية العدوي" : "وإلى نكاح الأنثى بمعنى العقد عليها والدخول بها"[5].

ثالثاً : الشافعية :

قالوا : أن الأم أحق بالمحضون ذكراً أو أنثى إلى سن التمييز، فإذا ميّز خير بين الأبوين.[6].

---

(1) تقدم تخريجه، ص63.

(2) ابن عابدين، رد المحتار ،ج5، ص267–268؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص42–43.

(3) العيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ص479.

(4) الدردير ، الشرح الصغير ، ج2، ص755.

(5) العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص443.

(6) الشيرازي، المهذب، ج3، ص168؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، ص240؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص598.

وسن التمييز عند الشافعية غالباً سبع أو ثمان تقريباً وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان، والحكم مداره على التمييز لا على السن[1].

واستدلوا على ذلك بأن الغلام إذا بلغ حداً يعرف عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك، وقيد بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة[2].

رابعاً : الحنابلة :

ذهبوا إلى أن الأم أحق بالغلام إلى أن يبلغ سبع سنين، وهو عاقل خير بين أبويه فإن اختار أحدهما كان معه، وهو القول المشهور، ما جاء في "المغني" : " أن الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنارعاً فيه، فمن اختاره منهما فهو أولى به "[3].

أما الجارية فتكون عند أمها إلى سبع سنين فإذا بلغتها انتقلت حضانتها إلى إبيها وجوباً ولا تخيير لها، وهو المشهور في المذهب، قد جاء في" كشاف القناع" : "والجارية إذا بلغت سبع سنين فأكثر، فعنده أبيها إلى البلوغ وجوباً"[4].

أما الحنابلة فيرون أن الأم أحق الناس بحضانة طفلها ولو طلبت أجرة على ذلك فإنها تجب لها كالرضاع.

الرأي المختار :

الجمع بين المذاهب الفقهية بحيث يحدد سن الغلام بسبع سنوات ثم تنتقل الحضانة إلى الأب، لأنه أقدر على الرعاية والتربية من الأم، وأما الجارية تستمر حضانتها حتى تبلغ لأن الأم في ذلك أقدار على التربية من الأب- والله أعلم.

موقف القانون الإسلامي التايلندي في مدة الحضانة :

أن القانون الإسلامي التايلندي نص في المادة (172) : "على أنه الأم لها حق الحضانة وتنتهي ببلوغ الصغير أو إذا أصبح العاجز قادرا"

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص598.

(2) المطيعي، تكلملة المجموع، ج20، ص238.

(3) ابن قدامة، المغني، ، ج11، ص415.

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص200.

وجاءت في المادة (180) في الفقرة(2) : تستحق الأم أجرة على حضانة المحضون إلا؛ إذا اكتمل الولد سبع سنوات.

ويُفهم من المادة(172) أن مدة الحضانة للأم حتى يبلغ الصغير، والعاجز حتى يقدر، ولم يصرح القانون الإسلامي التايلندي في الولد المحضون تقديراً سناً معيناً، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، ودل على هذا أن يأخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية والمالكية، حيث أن الحضانة تنتهي ببلوغ الصغير، وذلك أن القانون عدم تفريق الصغير ذكراً كان أو أنثى.

ولكن المادة(180) الفقرة(2) يُفهم فيها إذا بلغ الصغير سبع سنين لا تستحق الأم طلب الأجرة على الحضانة، ويدل على ذلك أن الحضانة تنتهي بالسبع سنين سواء ذكراً كان أو أنثى، ومن هذه المادة أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي الشافعية.

4.4.3 التخير في الحضانة ورؤية المحضون وزيارته في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

1.4.4.3 التخيير في الحضانة في الفقة الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

اختلف الفقهاء في تخيير المحضون بين أبيه أو أمه إذا تنازعاً فيه على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا خيار للمحضون ذكراً أو أنثى في اختيار الحاضن، وأن الأم هي أحق بهما، فيبقى الغلام عند أمه حتى يستغني عنها فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده، وبالجارية حتى تحيض، وبعد أن يستغني الغلام وتحيض الجارية تنتقل حضانة كل منهما إلى الأب، حتى تتزوج ويدخل بها زوجها[1].

واستدلوا :

بعموم ما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص : "أن امرأة قالت يا رسول الله : إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له جواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص267 ومابعدها؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص755.

ينزعه مني، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : **((أنت أحق به ما لم تنكحي))**[1].

ووجه استدلال من الحديث أنه دل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال للمرأة :"**أنت أحق به**" وهذا الكلام يدل على أن الأم أحق بحضانة ولدها، وليس للولد حق التخيير في الحضانة.

القول الثاني : ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز تخيير الولد المحضون بين أبويه إذا تنازعا فيه، ولهم في ذلك تفصيل على النحو الآتي :

عند الشافعية قالوا : يخير المحضون ذكراً أو أنثى عند بلوغهما سن التمييز، أي عند انتهاء مدة الحضانة يخير بين أبويه فأيهما اختار يكون عنده، ويخير الصغير بين أم وجد، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أو خالة في أصح الأقوال، فإن اختار أحدهما ثم الآخر حول إليه[2].

استدلوا بما يأتي :

1- ما رواه الشافعي قال : أخبرنا ابن عُيَيْنَة عن زياد بن سعد عن هلال بن أبي ميمونة عن أبي ميمونة عن أبي هريرة : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه))[3].

2- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : ((إن امرأة جاءت فقالت : يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**استهما عليه**"، فقال زوجها من يُحاقُّني في

---

(1) رواه أحمد، مسند الإمام أحمد بن الحنبل، حديث رقم : 6878، ج3، ص587،؛ ورواه أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، الرقم الحديث 2276، ص397، تحقيق الألباني وقال : حسن، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص244.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص598؛ الشيرازي، المهذب، ج3، ص168-169.

(3) رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقاً، حديث رقم :1357، ج319؛ ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني(ت.273هـ)، سنن ابن ماجة، ط.1، حققه : محمد ناصرالدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية، 1417هـ-1997م، كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه، حديث رقم:2351، ص402، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص249-250.

ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "**هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت**"، فأخذ بيد أمه فانطلقت به))[1].

ووجه الدلالة من الحديثين : أنهما دلا على أنه إذا تنازع الأبوان في صغير لهما كان الواجب في الصغير تخييره فمن اختاره ذهب به، أي أنه بعد استغناء الصغير بنفسه يخير بين أبويه[2].

3- أن القصد من الحضانة حفظ الولد، والمميز أعرف بحفظه ومصلحته، فيرجع إليه[3].

4- أما في الجارية فالقياس على الغلام.

وقال الحنابلة[4] : يخير الغلام غير المعتوه إذا بلغ سبع سنين، إذا تنارعا فيه، فمن اختار من أبويه سلم إليه، ثم إذا اختار الآخر رد إليه.

وقالوا : فإن لم يوجد الأب أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات قام مقام الأب، فيخير الغلام بين أمه وعصبته، لأن علياً رضي الله عنه خير عُمارة الجرمي[5] بين أمه وعمه، ولأنه عصبة، فأشبه الأب[6].

---

(1) رواه أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث رقم : 2277، ص397؛ ورواه النسائي ولم يذكر فقال : "**استهما عليه**"، كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، حديث رقم : 3496، ص543، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر : الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص251.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، ص1333.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص598.

(4) ابن قدامة، المغني، ج11، ص415 وما بعدها؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص200.

(5) عمارة الجرمي هو عمارة بن ربيعة الجرمي روي عن علي بن أبي طالب وعبسة بن سعيد، وروى عنه يونس الجرمي ذكره ابن أبي حاتم عن أبيه، أنظر : النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف(ت.676هـ)، تهذيب الأسماء واللغات، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، د.ت، ج2، ص35، البخاري، التاريخ الكبير، ج6، ص497،

(6) أنظر: البيهقي، ابو بكر أحمد بن الحسين بن علي(ت.458هـ)، السنن الكبري، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، ط.3، دارالكبت العلمية، بيروت–لبنان، 1424هـ–2002م، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج، ج6، ص6، حديث رقم :15761؛ هذا حديث مداره على يونس بن عبيدالله الجرمي عن عمارة ربيعة الجرمي، وذكر ابن

وانما يُخير الغلام بشرطين:

1- أن يكون الأبوان وغيرهما من أهل الحضانة، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة، كان كالمعدوم، ويتعين الآخر.

2- أن لا يكون الغلام معتوهاً، فإن كان معتوهاً كان عند الأم، ولم يخير، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً، لذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه.

أما الجارية فتكون عند أمها إلى سبع سنين فإذا بلغتها انتقلت حضانتها إلى أبيها وجوباً ولا تخيير لها[1].

واستدلوا بما يأتي :

1- أن الغرض من الحضانة الحفظ والأب أحفظ على الجارية من الأم، لأنها تقارب الصلاحية للتزويج، وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث عن الخاطب[2].

2- لم يرد في الشرع بتخيير الجارية فلا تستحق ذلك ولا يصح قياسها على الغلام، لأنه لا يحتاج إلى ما تحتاج إليه الجارية من الحفظ[3].

المناقشة والترجيح :

مناقشة أدلة القول الأول :

رد الشافعية والحنابلة على استدلال القول الأول بحديث : "**أنت أحق به ما لم تنحكي**" بأنه حديث عام فيها وحديث التخيير يخصصه، فالمراد بكونها أحق به أى فيما قبل السن التى يخيير فيها إلا فيما بعدها بقرينة أحاديث الباب[4].

مناقشة أدلة القول الثاني :

حنان في"الثقات" فهو ثقة؛ انظر : ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد(ت.354هـ)، الثقات، ط.1، دائرة المعارف العثمانية، 1398هـ-1978م، ج5، ص241؛ البخاري، التاريخ الكبير، ج6، ص497؛

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص418.

(2) ابن قدامة، المغني، ج11، ص418.

(3) ابن قدامة، المغني، ج11، ص418.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، ص1333.

رد الحنفية والمالكية على استدلال الشافعية والحنابلة بالأحاديث التى أوردوها في التخيير أنها مطلقة لا تقييد فيها، وهم لا يقولون بها على إطلاقها، بل قيدهم التخير بالسبع فما فوقها وليس في شئ من الأحاديث ما يدل على ذلك، ويقول الحنفية إذا صار للغلام اختيار معتبر خير بين أبويه وإنما يعتبر اختياره إذا اعتبر قوله، وذلك بعد البلوغ وليس تقييدكم وقت التخيير بالسبع أولى من تقيدنا بالبلوغ بل الترجيح من جانبنا لأنه حينئذ يعتبر قوله[1].

وأما في قولهم أن القصد من الحضانة حفظ الولد، والمميز أعرف بحفظه ومصلحته، هذا الكلام ليس صحيحاً لأن حقيقة تخيير الصبي ليس بحكمة، ولأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكُتَّاب وتعلم آداب النفس، فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه[2].

القول الراجح :

بعد النظر في هذه أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يظهر لي أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني بأنه يجوز تخيير الصغير بين أبويه إذا تنازعا فيه، لأن أدلتهم قوية، وكذلك أن القصد بالحضانة منفعة الصغير المحضون، والمميز أعرف بحظه فيرجع إليه، وكذلك يشترط في التخيير السلامة من الفساد، فالتخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الصغير.

موقف القانون الإسلامي التايلندي في التخيير الحضانة :

إن القانون الإسلامي التايلندي أورد في المادة (172) أنه : "إذا رفض الحضانة من له ذلك انتقل إلى من يليه، وإذا رغب فيه الأب يخير إن اختار الأب يدفع إليه، وإذا اختار الأب والأم أو الجد معاً، أو لم يختر واحداً منهما، قدم أحدهما بالقرعة".

ويري اسماعيل على إذا إفترق الأبوان، يحق للصغير المميز وله سبع سنين اختيار أيهما، فإذا صعب أعطاء الحضانة للأبوين انتقلت إلى من يليها، وكذلك يخير

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص44.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص44.

الصغير بين أم وجد، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أوخالة, إذا مرض الصغير فمن كان من جهة الأم كان أحق بتمريضه[1].

ونفهم من هذا أن القانون الإسلامي التايلندي وإسماعيل علي أخذا برأي الشافعية بحيث يجوز تخيير الصغير المحضون بين أبويه، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى.

2.4.4.3 رؤية المحضون وزيارته في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي.

اتفق الفقهاء على أنه لكل من أبوي المحضون حق رؤيته وزيارته إذا افترقا، ولكنهم ذكروا آراء مختلفة نسبياً، وفي ذلك تفصيل على النحو الآتي:

ذهب الحنفية إلى أنه متى كان الولد المحضون عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من رؤيته وزيارته وتعهده إن أراد ذلك[2].

ولا يجبر أحدهما على إرساله إلى مكان الآخر، بل يخرجه إلى مكان يمكن للآخر أن يراه فيه[3].

ذهب المالكية إلى أنه إن كان المحضون عند أمه، فلا تمنعه من زيارة أبيه، لأن الحق لأبيه في تعليمه وتربيته واختيار ما يناسبه من ذلك، ثم يأوي إلى أمه يبيت عندها، أما إن كان المحضون عند الأب، فللأم الحق في رؤيته كل يوم في بيتها لتفقد حاله[4].

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كان المحضون ذكراً، فإن كان عند أبيه، لا يمنعه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم، ولا يكلف الأم الخروج لزيارته، والولد أولى منها بالخروج، لأنه ليس في خروج الولد إليها عورة، ويمنع الأبُ

---

(1) علي، قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)، ص147.

(2) نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص567.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص275.

(4) الدردير، الشرح الصغير، ج5، ص737؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص512.

المحضونَ الأنثى من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز، والأم أولى منها للخروج لزيارتها لسنها وخبرتها[1].

ولا يمنع الأب أمَّ المحضون من زيارة المحضون إن كان المحضون ذكراً أو أنثى؛ لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطعية الرحم[2].

والزيارة عندهم تكون مرة كل يومين فأكثر لا في كل يوم، فإن كان المنزل قريباً فلا بأس أن يدخل كل يوم[3].

فإذا مرض المحضون ذكراً أو أنثى فالأم أولى بتمريضهما إذا رضي الأب أن يكون التمريض في البيت وإلا في بيتها، ويجب الاحتزار في الحالين من الخلوة بها، ولا تمنع الأم من حضور تجهيزهما في بيته إذا ماتاً، فله منعها من زيارة قبرهما إذا دفناً في ملكه، وإذا مرضت الأم لزم الأب أن يمكن الأنثى من تمريضها إن أحسنت ذلك، بخلاف الذكر لا يلزمه أن يمكنه من ذلك وإن أحسن التمريض[4].

وذهب الحنابلة[5] إلى أنه إذا كان المحضون ذكراً عند أمه فإنه يكون عندها ليلاً، وعند الأب نهاراً، لتعليمه وتأديبه، وإن كان عند الأب، فإنه يكون عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع الأب من زيارة أمه؛ لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق، وقطع الرحم.

وإن مرض فالأم أحق بتمريضه في بيتها، وإذا مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته.

وإذا كان المحضون أنثى، فإنها تكون عند الأب ليلاً ونهاراً، لأن تأديبها وتعليمها يكون داخل البيت، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر، لأن فيه حملاً على قطيعة الرحم، ولكن من غير أن يخلوا الزوج بأمها، ولا يطيل المقام، لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية منه، والورع إذا زارت ابنتها تحرى أوقات خروج أبيها إلى معاشة لئلا يسمع كلامها، والكلام ليس بعورة، ولكن يحرم التلذذ بسماعه[6].

---

(1) الشيرازي، المهذب، ج3، ص168؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص96.

(2) الشيرازي، المهذب، ج3، ص168؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص599.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص599؛ الرافعي، العزيز، ج10، ص96.

(4) الرافعي، العزيز، ج10، ص96.

(5) ابن قدامة، المغني، ج11، ص418-419؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص200-201.

(6) ابن قدامة، المغني، ج11، ص417.

وإذا مرضت الأنثى فالأم أحق بتمريضها في بيت الأم، لحاجتها إلى ذلك، وعند الحنابلة تكون الزيارة على ما جرت به العادة، كاليوم في الأسبوع[1].

موقف القانون الاسلامي التايلندي في رؤية المحضون وزيارته :

نصت المادة (172) من القانون الإسلامي التايلندي على أنه: "إذا اختار الأب يحق للأم أو الجدة أن تزوره، وعليها الالتزام بالآداب الشرعية لانتهاء الزوجية، وإذا مرض الولد ولم يرض الأب لأمه أو جدته التمريض يحق للأم أو الجدة أن تأخذه إلى بيتها للتمريض، إذا كان سكنها لم يبعد عن بيته أكثر من امكان زيارته له عادة".

ويرى اسماعيل على في كتابه : " قانون الأسرة التايلندي" إذا كان الصغير ذكراً عند أبيه، لا يمنعه من زيارة أمه، وإن كان الصغير أنثى عند أبيها يمنعها من زيارة أمها، ولا تمنع أمها زيارتها[2].

وإن اختار الذكر أمه، كان عندها ليلاً، وعند الأب نهاراً لتعليمه وتأديبه، وإن كانت أنثى اختارت أمها، فإنها تكون عند الأم ليلاً ونهاراً، ويحق للأب زيارتها[3].

ويفهم من المادة(172) أن الأم تستحق رؤية المحضون وزيارته إذا أختار المحضون الأب، ولم يبين القانون اختيار المحضون للأم وحكمه.

وبناء على ذلك فأن القانون الإسلامي التايلندي يتفق مع المذاهب الفقهية الأربعة على أنه لا يجوز لأبي المحصون منع أمه من زيارته ورؤيته.

وأما اسماعيل علي أخذ بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة حيث إذا كان المحضون ذكراً عند أمه فإنه يكون عندها ليلاً، وعند الأب نهاراً، وإن كان عند الأب، فإنه يكون عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع الأب من زيارة أمه، وإذا كان المحضون أنثى، فإنها تكون عند الأب ليلاً ونهاراً.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص417.

(2) علي، قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)، ص147.

(3) علي، قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)، ص147.

الفصل الرابع

أحكام النسب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي

1.4 مفهوم النسب ومشروعية وإثباته وأهميته :

1.1.4 مفهوم النسب :

أولا : مفهوم النسب لغةً واصطلاحاً :

النسب لغة : مصدر نسب يقال : نسبته إلى أبيه نسباً من باب طلب عَزَوْته إليه، والاسم النِّسبة بالكسر، فتجمع على نسب مثل سِدرة وسدر وقد تُضم فتجمع مثل غرفة وغرف[1].

قال ابن السِّكِّيت[2]: يكون من قِبل الأب ومن قبل الأم[3].

ونسب القرابات وهو واحد الأنساب، والنسب : القرابة، وقيل هو في الآباء خاصة، وفي "التهذيب" : النسب يكون بالآباء، يكون إلى البلاد ويكون في الصناعة[4].

والنسب اصطلاحاً : أما معنى النسب في الاصطلاح فلم يخرج عن الاستعمال اللغوي.

عرفه الدسوقي بأنه : الانتساب لأب معين[5].

قد عرفه البهوتي : بأنه القرابة، وفسر البهوتي هذه القرابة بقوله : "هي الاتصال بين انسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة"[6].

---

(1) الفيومي، المصباح المنير معجم عربي–عربي، ص230.

(2) ابن السِّكِّيت هو أبو يوسف يعقوب بن إسحاق، إمام في اللغة والأداب، ولد في الدّورق هي من مدانن خوزاستان(بين البصرة وفارس)، توفى سنة 186هـ–858م، أنظر: الزِرِكْلي، الأعلام قاموس تراجم، ج8 ص195.

(3) الفيومي، المصباح المنير، ص230.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص3305.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص412.

(6) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج4، ص530.

وعرفه زيدان[1] بقوله بأنه : "صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم"[2].

وقد ورد في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه : "حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر من حيث أن الشخص انفصل عن رحم إمرأة هي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين أو مشبهين الثابت للذي يكون الحبل من مائه"[3].

موقف القانون الإسلامي التايلندي في تعريف النسب :

أما القانون الإسلامي التايلندي في تعريف النسب قد جاء بمعنى فرع الرجل، نص في المادة(2) الفقرة(20) على أنه : "فرع الرجل معناه : ولد المولود من فرع الرجل ليس من فرع المرأة، كإبن ابن وابن ابن ابن وإن نزلوا، ففروع الرجل ليس فروع المرأة كابن ابنة ابن ابن ابنة وإن نزلوا".

خلاصة :

من خلال المادة أن القانون الإسلامي التايلندي قد يوافق مع القول الدسوقي من تعريف النسب يدل على أن النسب الانتساب لجهة الأب فقط.

أما التعريف المختار :

فهو تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية، لأنه شامل لثبوت النسب في الزواج الشرعي أي الزواج الصحيح والفاسد، وفي الملكية كما هو شامل لثبوته في الوطء بشبهة، وهذا ما يفهم من قوله: "أو مشبهين الثابت".

---

(1) زيدان هو عبد الكريم، ولد ببغداد سنة 1917م، أحد علماء أهل السنة في العراق، وأن يكون فقيهاً وأصولياً، وهو عضو مجلس المجمع الفقهي التابع إلى رابطة العالم الإسلامي منذ عام 2000م، وعضو مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بجامعة الإيمان بصنعاء أنظر موقع إلكترونية :http://shamela.ws/index.php/author/2054

(2) زيدان، المفصل في أحكام المرأة ، ج9، ص315.

(3) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط.2، طباعة ذات السلاسل– الكويت، (1404هـ–1983م)، ج6، ص295.

2.1.4 مشروعية إثبات النسب وأهميته :

1.2.1.4 مشروعية إثبات النسب :

إثبات النسب مشروع بالكتاب والسنة والاجماع.

أ – الكتاب : قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ**﴾[1].

ووجه الدلالة :

أن الله تعالى امتن على عباده بأن جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا، لهذا يظهر مشروعية إثبات النسب وما يترتب علي ذلك من تعارف وتالف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاشتباه والاختلاط[2].

وقال الله تعالى : ﴿ **يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا** ﴾[3].

ووجه الدلالة : تدل هذه الآية ضرورة معرفة النسب، لأنه يعرف به ذوو الأرحام المأمور بصلتهم[4].

ب – السنة : من قوله صلى الله عليه وسلم : **((تعلموا من انسابكم ما تصلون به أرحامكم))**[5].

---

(1) سورة الحجرات، آية :13.

(2) ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ص1605.

(3) سورة النساء، آية :1.

(4) ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ص379.

(5) الحديث عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **((تَعَلَّمُوا من أَنْسَابِكم ما تَصِلُون به أرحامكم فإن صلة الرحم مَحبّة فى الأهل مَثْرَاة فى المال منسأة فى الأثر))**، قال الترمذي: هذا حديث غريب من هذا الوجه، ومعنى قوله: منسأة في الأثر: يعنى زيادة في العمر، أنظر: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البر وصلة، باب ما جاء في تعليم النسب، حديث رقم: 1979، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر: الألباني، صحيح الترغيب والترهيب، ج2، ص666.

ووجه الدلالة :

أن الشريعة الإسلامية تحرص على المحافظة على الأنساب حتي يتميز صحيحها من باطلها، لأن دخول الشك لعله يفوت الداعي النفسي الباعث على الذب عنها وحياطتها، والقيام عليها بما به بقاؤها[1]، ويظهر مدى تأكيد النبى صلى الله عليه وسلم على مشروعية إثبات النسب بدعوته لتعلم ذلك.

ج- الإجماع : إجماع الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، على أن مشروعية إثبات النسب لحفظ النسب من عبث العابثين وتحريم كل ما يضر به، وقبول شهادة معروف النسب، ونسب من أقر بمولود أو والد إليه ولم يخالف أحد من المسلمين في ذلك[2].

2.2.1.4 أهمية إثبات النسب.

يكتسب إثبات النسب أهمية كبرى من كونه حقاً للولد والوالدين وحق لله سبحانه وتعالى.

فمن حق الولد أن يثبت نسبه من أبيه الذي خلقه الله من مائه، لتكون له الحقوق التى قررتها الشريعة الإسلامية له، ولا يملك الأب نفي نسب ولده بعد ثبوته، وإن ثبوت النسب يعود على الولد بالنفع حيث يدفع عنه التعرض للعار[3].

والنسب حق للأب، فمن حقه أن ينسب إليه الذي خلقه الله بنكاح شرعي صحيح، ويترتب على هذا النسب من حقوق للأب على ولده[4]، وإثبات النسب حق للأب من حيث صيانة ولده من الضياع أو يحفظ ثبوت النسب ولده أن ينسب إلى غيره.

---

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج6، ص37.

(2) ابن المنذر، الإجماع، ص87؛ أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج3، ص1166.

(3) عابدين، محمد أحمد، الشهادة في المواد الجنائية والمدنية والشرعية وشهادة الزور، د.ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية-مصر، د.ت، ص96.

(4) زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، ج9، ص374.

ومن إثبات النسب حق للأم حيث حقها أن تدفع عن نفسها تهمة الزنى وأن تصون ولدها من الضياع[1].

وثبوت النسب فيه كذلك حق لله تعالى، وحق الله هو ما يحقق مصلحة عامة للمجتمع ونسب إلى الله تعالى لعظم شأنه وشمول نفعه، فالنسب فى ذاته من الأمور التى ترتبط بالمجتمع، إذ عليه يقوم بناء الأسرة التى هى نواة المجتمع[2].

وحرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من أن تتعرض للكذب والضياع، وجعلت أمر إثبات النسب أو نفية يستند إلى الحقيقة والواقع، وإن الشريعة الإسلامية أمرت بوجوب المحافظة على النسب –العرض- وهو أحد الضرورات الخمسة بعد وجوب حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ المال, وهي مراعاة في كل ملة[3]، إنما قصد حفاظ النسب لتمييز شخص عن آخر، وتمييز أسرة عن أسرة، وشعب عن شعب لما يترتب على ذلك من المصالح، كقوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ**﴾[4]، وعلى هذا إن الله سبحانه وتعالى يمن على عباده بأنه جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا[5]، وهذا لا يتحقق إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاختلاط والاشتباه.

---

(1) عابدين، الشهادة في المواد الجنائية والمدنية والشرعية وشهادة الزور، ص96.

(2) المرزوقي، عائشة سلطان ابراهيم، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة (رسالة دكتوراه)، جامعة القاهرة –كلية الشريعة الإسلامية، القاهرة – مصر، 1421هـ- 2000م، ص2.

(3) الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد(ت.790هـ)، الموافقات، ط.1، دار عفان، السعودية، 1417هـ-1997م، ج1 ص30-31؛ اليوبي، محمد سعد بن أحمد بن مسعود، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقاتها بالأدلة الشرعية، ط.1، دار الهجرة، الرياض–السعودية، 1419هـ-1998م، ص183 ما بعدها، السندي، حسن بن خالد حسن، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، 1429هـ، السعودية، ص438.

(4) سورة الحجرات، آية :13.

(5) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ص1605.

ونظراً لما للنسب من أهمية فقد أمر الله عزّ وجل الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم، ومنعهم عن إنكار بنوّتهم في قوله تعالى : ﴿**ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ**﴾[1]، وشدد رسول صلى الله عليه وسلم النكير على الآباء الذين يجحدون نسب أولادهم فقال : ((**وأيُّما رجل جحَد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين**))[2].

ومنعت الشريعة الإسلامية الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم،لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم، فقال رسول صلى الله عليه وسلم : ((**من أدعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام**))[3]، بل أن بعض الروايات جعلت الانتساب إلى غير الأب الشرعي كفراً بمعنى أنه من عمل الجاهلية أو من باب كفر النعمة[4].

---

(1) سورة الاحزاب آية :5.

(2) أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، حديث رقم:226، ص394؛ النسائي، أبو عبدالرحمن، أحمد بن شعيب بن علي(ت.303هـ) سنن النسائي، ط.1، تحقيق : محمد ناصرالدين الألباني، مكتبة المعارق، الرياض- السعودية، 1417هـ-1997م، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، حديث رقم: 3481، ص541؛ الحاكم، أبو عبدالله، الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ط.1، تحقيق : أبو عبدالرحمن مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، 1417هـ-1997م، كتاب الطلاق، حديث رقم:2873، ج2 ص242، قال الألباني : "وهذا اسناد ضعيف علته عبدالله بن يونس قال عنه الحافظ ابن حجر مجهول الحال مقبول، يعني أنه مقبول عند المتابعة"، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج8 ص34، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، أنظر : الحاكم، المستدرك، ج2 ص242.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من أدعى إلى غير أبيه، حديث رقم : 6766 ص1291، وفي كتاب المغازي، باب غزوة الطائف، حديث رقم:4326-4327، ص817؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم، حديث رقم:114-115، ص47.

(4) ابن حجر، أحمد بن على(ت.852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط.1، تعليق : عبدالرحمن بن ناصر البراك، دارطيبة، الرياض-السعودي، 1426هـ-2005م، مج15، ص501.

وحرمت الشريعة الإسلامية على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : **((أيّما إمرأة أدخلت على قوم من ليس منهم**[1]**، فليست من الله في شيء، ولن يُدخلها الله جنته))**[2]، يدل على ذلك تحذير النبي صلى الله عليه وسلم النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم.

وعناية الشريعة الإسلامية بالنسب حرمت ثبوت النسب عن طريق الزنى، لأنه أحد الأسباب المهمة في اختلاط الأنساب[3]، قال تعالى : **﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزنى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً﴾**[4]، وشرع عقوبة الجلد لمن تثبت عليه جريمة الزنى إن كان عزباً لقوله تعالى : **﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾**[5]، وورد في السنة النبوية التشديد على عقوبة الزنى بحيث جعلت عقوبة الزاني المحصن الرجم حتى الموت، لقوله صلى الله عليه وسلم : **((خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البِكْر بالبِكْر جَلْدُ مائة ونَفْيُ سنة والثيّب بالثيّب، جَلد مائة والرجم))**[6].

وقد حرمت الشريعة الإسلامية ثبوت النسب بالتبني، لأن المتبنى غريب عن العائلة بعيد عن نسبها، والتبني المنهي عنه هو أن يُدمج الولد في العائلة التي تبنته بحيث يصبح شخصاً من العائلة لا فرق بينه وبين أي شخص آخر من أعضاء الأسرة، فله الحق في الإسم والميراث والاختلاط، وتنطبق عليه قواعد المصاهرة، لقوله تعالى : **﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ*ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ﴾**[7]، وبنص الآية فإن الله عز وجل أبطل عادة التبني، وما يترتب عليه من

---

(1) أي أنها أتت بولد زنى، أنظر: الزحيلي، فقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7247.

(2) تقدم تخريجه، ص105.

(3) اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقاتها بالأدلة الشرعية، ص252.

(4) سورة الإسراء، آية:32.

(5) سورة النور، آية:3.

(6) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى، حديث رقم: 1690، ص806.

(7) سورة الاحزاب، آية:4-5.

الحقوق والآثار، وبين أنه لا يستقيم في منطق العقل أن يكون الولد دعياً وابناً في آن واحد.

وهكذا لا يعتبر القانون الإسلامي التايلندي المتبنى في ثبوت النسب، أي لا يثبت نسب الولد المبتنى من الرجل، قد جاء في المادة(168) : "في التبنى لا ينسب الولد إليه–أي الرجل".

2.4 أحكام النسب في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

1.2.4 مدة الحمل في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

يُبنى على مدة الحمل أحكام فقهية وقانونية، وقد تحدث الفقهاء عن غالب مدة الحمل وأقلها وأكثرها، ووقع الخلاف بينهم في أثرها، وكذلك اختلف فيها الأطباء، لذا جعلت هذا المطلب عن مدة الحمل في الفقه والقانون الإسلامي التايلندي، والطب، وبيان الراجح فيها، وعلى ذلك بما يلي :–

1.1.2.4 أقل مدة الحمل بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي :

1.1.1.2.4 أقل مدة الحمل في الفقه الإسلامي :

اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر[1] من وقت الدخول وإمكان الوطء عند الجمهور[2]، ومن وقت تحقق الدخول عند ابن تيمية وابن القيم[3]، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبي حنفية[4].

والدليل على أن أقل مدة الحمل التي يكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً بقوله تعالى : ﴿**وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ**

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص230؛ الدسوقي، حاسية الدسوقي، ج2، ص459–360؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص508؛ المغني، ابن قدامة، ج11، ص231؛ ابن حزم، المحلّى، ج10، ص316؛ الزحيلي، فقه الاسلامي وأدلته، ج10، ص7250؛ أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج3، ص1166.

(2) جهمور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، أنظر: المراجع السابقة للجمهور.

(3) ابن قيم، زاد المعاذ، ص1093.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص314.

وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾[1]، وقوله تعالى : ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾[2].

ووجه الدلالة :

فالآية الأولى تدل على أن مدة الحمل والفصال ثلاثون شهراً، وفي الآية الثانية أن مدة الفصال عامان، وبإسقاط مدة العامين للفصال تكون مدة الحمل ستة أشهر[3].

وروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أُتِيَ بامرأة قد وَلدت في ستة أشهر فأمَر بها أن تُرجم، فقال على بن أبي طالب رضي الله عنه : "ليس ذلك عليها قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾{الأحقاق:15}، وقال : ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾{لقمان:14}، وقال تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ {البقرة :233}، فالرضاعة أربعة وعشرون شهراً والحمل ستة أشهر فأمر بها عثمان أن ترد فوجدت قد رجمت[4].

---

(1) سورة الأحقاق، الآية :15.

(2) سورة لقمان، الآية :14.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص211؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص298.

(4) رواه البيهقي، سنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أقل الحمل، حديث رقم: 15551، ج7، ص727، ورواه عبد الرزاف، أنظر : الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع (ت.211هـ)، المصنف، تحقيق : أيمن نصرالدين، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت–لنبان، 1421هـ–200م، كتاب الطلاق، باب التى تضع لستة أشهر، حديث رقم : 13513، ج7، ص279–280؛ وهذا مطابق لرواية الرافعي إسنادها صحيح، أنظر : ابن الملقّن، سراج الدين أبو حفص(ت.804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق : أحمد بن سليمان بن أيوب، ط.1، دار الهجرة، الرياض، 1425هـ–2004م، ج8، ص132–133؛ ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبدالله(ت.463ه)، الاستذكار، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي، ط.1، دار الواعى، القاهرة، 1414هـ، ج24، وقال الماوردي : "فرجع عثمان ومَن حضر إلى قوله: فصار إجماعاً"، أنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص205؛ ومن حديث ابن عباس أنه قال :"إذا حملته تسعة أشهر أرضعته واحداً وعشرين شهراً، وإن حملته ستة أشهر أرضعته أربعة وعشرين شهراً ثم قرأ : ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾{الأحقاق:15} وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أنظر : الحاكم، المستدرك، الحديث الرقم : 3167، ج2، ص336.

2.1.1.2.4 أقل مدة الحمل في الطب :

أما رأي الطب فقد اتفق أهل الطب الحديث مع الشرع تمام الاتفاق في اعتبار أقل مدة الحمل التي يمكن أن يعيش فيها المولود بعد ولادته أنها ستة أشهر كاملة [1].

3.1.1.2.4 أقل مدة الحمل في القانون الاسلامي التايلندي :

أخذ القانون الإسلامي التايلندي بما اتفق عليه الفقهاء في اعتبار أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، حيث نصت المادة (167) على أنه : "لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة في حالات :-

الفقرة(1) إذا دخل رجل بامرأة :

أ- بدون عقد نكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به.

ب-أو نكاح باطل، وامرأة حامل من هذا اللقاء.

الفقرة(2) أن الولد الذي يولد قبل ستة أشهر بعد عقد نكاح ولقاء".

إذا وَلدَ ولدٌ لأقل من ستة أشهر فلا يعتبر للزوج، إذ وجود الولد لأقل من ستة أشهر يستحيل معه أن يعيش بعد ولادته فإذا حصلت الولادة لأقل من ستة أشهر فإن المولود يكون موجوداً في الرحم قبل عقد الزواج فلا يثبت نسبه.

2.1.2.4 أكثر مدة الحمل بين الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي :

1.2.1.2.4 أكثر مدة الحمل في الفقه الإسلامي :

أكثر مدة الحمل في الفقه الإسلامي لم يرد بشأن ذلك نص في كتاب الله تعالى ولا سنة صحيحة، و اختلاف في ذلك الفقهاء اختلافاً كثيراً على عدة أقوال :

الرأي الأول : ذهب الحنفية[2] إلى أن أكثر مدة الحمل هي سننتان، ومستند الرأي ما روي من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت : "ما تزيد المرأة في الحمل على

---

(1) البار، محمد على، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ، ط.4، الدار السعودية، 1403هـ-1983م، ص451؛ بدير، فؤاد مرشد داؤود، أحكام النسب في الفقه الإسلامي(رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 1422هـ-2001م، ص23.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص230؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية ، ج2، ص298.

سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل"[1]، أي دل على أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ضل عمود المغزل.

الرأي الثاني : ذهب المالكية[2] إلى أن أكثر مدة الحمل خمس سنوات، وهو القول المشهور عندهم.

الرأي الثالث : أكثر مدة الحمل هي سنة قمرية، وهو رأي محمد بن الحكم[3] من المالكية [4]، قال ابن رشد : "واختفلوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد، وقال محمد بن الحكم : سنة"[5].

الرأي الرابع : ذهب الشافعية[6] والحنابلة[7] إلى أن أكثر مدة الحمل هي أربع سنوات، وحجتهم ما روي أن الوليد بن مسلم قال لمالك بن أنس : "إني حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لا يزيد المرأة على حملها عن سنتين قدر

---

(1) البيهقي، سنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، حديث رقم: 15552، ج7، ص728، قال الألباني : هذا إسناد صحيح، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص189.

(2) الدسوقي، حاسية الدسوقي، ج2، ص460؛ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.1، تحقيق وتخريج : عبدالله العبادي، دار السلام، مصر، 1416هـ-1995م، مج3، ص2086.

(3) محمد بن عبدالحكم هو أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن عبدالله الحكم، المصري، هو فقيه عصره انتهت إليه الرئاسة في العلم بمصر، مالكي المذهب، له كتب كثيرة منها:أحكام القرآن ورد على فقهاء العراق وأدب القضاة وغير ذلك، ولد سنة182هـ، وتوفى 268هـ، أنظر: الزركلي، الأعلام، ج6، ص223.

(4) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.1، تحقيق وتخريج : عبدالله العبادي، دارالسلام، مصر، 1416هـ-1995م، مج 3، ص2086.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص2086.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص512؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج11، ص12.

(7) ابن قدامة، المغني، ج11، ص231؛ البهوتي، كشاف القناع، ج13، ص200-201.

ظل المغزل، فقال : سبحان الله من يقول هذا؟ هذا جارتنا امرأة محمد عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين"[1].

الرأي الخامس : أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، وهو مذهب الظاهرية، قال ابن حزم الظاهري : "ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر"[2].

2.2.1.2.4 أكثر مدة الحمل في رأي الطب :

اختلف الأطباء لأكثر مدة يمكن أن يمكنها الحمل في بطن أمه ثم يولد حياً، على النحو التالي :

الرأي الأول : عشرة أشهر، وهو رأي الدكتور أحمد ترعاني والدكتور محي الدين كحالة اختصاصي النسائية والتوليد، وقد أكد الدكتور أحمد ترعاني أن الحمل قد يصل إلى عشرة شهور، ولا يزيد على ذلك، لأن المشيمة التي تغذي الجنين تصاب بالشيخوخة بعد الشهر التاسع، وتقل كمية الأكسجين والغذاء المارين من المشيمة إلى الجنين فيموت الجنين[3].

الرأي الثاني : (310) يوماً، وهو رأي الدكتور محمد علي البار[4].

---

(1) البيهقي، سنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، حديث رقم :15553، ج7، ص728، قال الألباني : هذا إسناد صحيح، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص189.

(2) ابن حزم، المحلّى، ج10، ص316.

(3) أنظر : الخطيب، يحيى عبد الرحمن، أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية، ط.1، دارالنفائس، عمان–الأردن، 1418هـ–1998م، ص106.

(4) محمد على البار هو مستشار قسم الطب الإسلامي في مزكر الملك فهد للبحوث الطبية بجامعة الملك عبد العزيز(الجدة)، وشارك في مؤتمرات الطب الإسلامي ومؤتمرات مكافحة التدخين والمسكرات والمخدات بأبحاث عدة، وشارك في المجامع الفقهية المنعقدة في مكة المكرمة(رابطة العالم الإسلامي) وفي جدة وعمان والكويت(مجمع الفقه للعلوم الطبية لمنظمة المؤتمر الإسلامي) وغيرها، ولد سنة 1939م، أنظر: البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص558.

حيث قال : "أما أكثر الحمل عند الأطباء فلا يزيد عن شهر بعد موعده –وقد ذكرأنه (٢٨٠) يوماً، وإلا لمات في بطن أمه"[1]

الرأي الثالث : (330) يوماً، وهذا رأي الدكتور أحمد محمد كنعان[2][3].

3.2.1.2.4 أكثر مدة الحمل في القانون الإسلامي التايلندي :

سكت القانون الإسلامي التايلندي عن هذه المسألة، ولكن جاء في كتاب "قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)" يقول إسماعيل علي : "أن القانون المدني والتجاري(التايلندي) من الباب(5)– قد قام بتحديد أكثر مدة الحمل وهي مقاربة لرأي الظاهرية وهي ثلاث مائة وعشرة أيام تساوي عشرة أشهر وعشرة أيام، أو أكثر من رأي الظاهرية عشرين يوماً"[4].

يدل على ذلك أن إسماعيل علي يتفق مع رأي الدكتور محمد علي البار في اعتبار أكثر مدة الحمل هي (310) يوماً.

الرأي الراجح :

الذي أراه أن ما ذهب إليه رأي الدكتور محمد علي البار هو الراجح بأن أكثر مدة الحمل (310)يوماً، وهذه المدة إن كان ليست الغالبة ولا المعتادة، لأن الغالب المعتادة في مدة الحمل هو تسعة أشهر، فيمكن زيادة مدة الحمل بقدر زيادته – والله أعلم.

---

(1) البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص452.

(2) أحمد محمد كنعان هو عضو رابطة الأدب الإسلامي العالمية، وعضو نادي المنطقة الشرقية الأدبي(السعودية)، وولد بدمشق سنة1948م، وإجازته دكتور في الطب البشري بجامعة دمشق1973م، أنظر: كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط.1، دارالنفاس، بيروت–لنبان، 1420هـ–200م، ص1007.

(3) كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ص376.

(4) علي، قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)، ص .147

2.2.4 الخلاف في الولادة وتعيين المولود في الفقه الإسلامي مقارنة القانون الإسلامي التايلندي.

قد يقع خلاف بين الزوجين في تعيين المولود أو ولادة المعتدة أثناء المدة التي يثبت فيها النسب، وهذا ما نبينه فيما يلي :

1.2.2.4 الخلاف في تعيين المولود في الفقه الإسلامي مقارنة القانون الإسلامي التايلندي.

أن يعترف الزوج بولادة زوجته، ولكنه ينكر شخص المولود، كما لو قال إنها ولدت أنثى، وهذا الذي تدعي ولادته ذكراً، أو ولدت ذكراً ولكن ليس هو الولد الذكر الذي تدعي ولادته، قد اختلف الفقهاء في إثباته بالشهادة عند انكار الزوج، ونذكر فيما يلى أقوالهم :

القول الأول : ذهب الحنفية[1] والحنابلة[2] إلى أن تعين المولود الذي ولدته الزوجة يثبت بشهادة امرأة واحدة، قال الكاساني : "وإن امراة ادعت أنها ولدت هذا الولد لستة أشهر فان صدقها الزوج فقد ثبت ولادتها سواء كانت منكوحة أو معتدة وإن كذبها تثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند أصحابنا "[3].

واستدلوا بحديث حذيفة رضي الله عنه: **((أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة))**[4].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص215؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص237 وما بعدها؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص298.

(2) ابن قدامة، المغني، ج14، ص134 وما بعدها؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص585.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص215.

(4) الحديث عن أبي عبدالرحمن المدائني، عن الأعمش، عن أبي وائل عن حذيفة: **((أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة))**، أنظر: الدار قطني، علي بن عمر الدارقطني(ت.375هـ)، سنن الدار قطني، ط.1، تحقيق : شعيب الارناؤوط وحسن عبدالمنعم شلبي وسعيد اللحام، مؤسسة الرسالة، بيروت–لبنان، 1424هـ–2004م، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب الشفعة، حديث رقم: 4556، ج5، ص416، حققه الألباني وقال : صعيف، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج8، ص306.

ووجه الاستدلال : يبين الحديث أن رسول صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة فتكفي في الإثبات[1].

القول الثاني : إن تعيين المولود لا يثبت إلا بشهادة امرأتين، وهذا القول للمالكية[2].

القول الثالث : أن أمور النساء لا يكفي فيها أقل من أربع نسوة أو رجلين أو رجل وامرأتين، وهو رأي الشافعية[3]، والظاهرية[4]، قد جاء في "مغني المحتاج" : "وما يختص بمعرفته النساء غالبا أو لا يراه رجال غالبا كبكارة وثيوبة وقرن ورتق وولادة وحيض ورضاع وعيوب للنساء تحت الثياب، يثبت بما سبق، أي برجلين ورجل وامرأتين، وبأربع نسوة"[5].

وحجتهم : إن الأصل في حجية الشهادة أنها إلا بشهادة رجلين، والمرأتان تقومان مقام رجل واحد في باب الشهادة بالنص، كما احتجوا بالسنة النبوية بقول النبي صلى الله عليه وسلم : **((فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل))**[6].

القول الراجح :

أرى –وألله أعلم– أن رأي الشافعية والظاهرية هو الراجح، وذلك لعدة أمور :

1- أن المالكية لم يذكروا دليلاً لما ذهبوا إليه.
2- أن دليل الحنفية مطلق من حيث قبول شهادة القابلة لكنه لا يفيد جواز شهادة القابلة وحدها، ثم هذا الدليل ضعيف حيث قال الدارقطني : "أن أبا عبدالرحمن المدائني هو رجل مجهول"[7].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص215.
(2) مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص94.
(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص590.
(4) ابن حزم، المحلى، ج9، ص396.
(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص590.
(6) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النعمة والحقوق، حديث رقم: 13، ص51.
(7) أنظر: الدارقطني، السنن، ج5، ص416.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

لم يصرح القانون الإسلامي التايلندي في هذا الموضوع لكن جاءت المادة(160) الفقرة(3) من القانون الإسلامي التايلندي في ما يتعلق بالولادة، إذا ادعت المرأة الولادة، يشترط عليها اليمين على ذلك.

نفهم منها أن القانون الإسلامي التايلندي لا يشترط الشهادة في تعيين المولود، بل يكتفي باليمين من المرأة.

يتضح من هذه المادة أن القانون الإسلامي التايلندي يخالف الفقه الإسلامي في نصاب الشهادة عندما ينكر الزوج شخص المولود، ويشترط الفقه الإسلامي في نصاب الشهادة في تعيين المولود شهادة أربع نسوة على القول الأصح، وأما القانون الإسلامي التايلندي فيكتفي باليمين على المرأة.

أرى أنه يشترط شهادة أربع نسوة في كل أمور النساء سواء كانت عيوباً أو ولادة أو غيرها–والله أعلم.

2.2.2.4 الخلاف في الولادة في الفقه الإسلامي مقارنة القانون الإسلامي التايلندي.

أن تدعي المطلقة الولادة في عدتها، أي أن تدعي معتدة الطلاق ولادة ولد خلال المدة التي يثبت فيها النسب، وينكر الزوج كما قال إنها لم تلد، وهي مسألة بحثها الحنفية ونعرضها كالآتي[1] :

ذهب أبو حنيفة[2] إلى عدم ثبوب نسب الولد، إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر يعرفه كل أحد، لأن عدتها انقضت

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص237 وما بعدها؛ الكاساني، البدائع الصنائع، ج3، ص216؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص320 وما بعدها؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص297.

(2) أبو حنيفة هو النعمان بن ثابث الكوفي، التيمي بالولاء، هو فقيه مجتهد محقق، مؤسس المذهب الحنفي، وولد ونشأ بالكوفة سنة80هـ، وكان يبيع الخز ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والإفتاء، وأرداه عمر بن هبيرة(أمير العراقين) تولية القضاء، فامتنع ورعاً، وأراده المنصور العباسي على القضاء ببغداد، فأبي فحلف عليه ليفعلن، فحلف أبو حنيفة أنه

بإقرارها بوضع الحمل، فاحتيج إلى إثبات النسب، وإثبات النسب لا يكون إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين[1].

وذهب أبو يوسف[2] ومحمد : إلى أنه يثبت في هذه المسألة بشهادة امرأة واحدة[3].

وحجتهما : أن الزواج بعد الطلاق يعتبر قائماً قيام العدة، فيعتبر الفراش قائماً في حق نسب الولد فلا حاجة إلى ما يثبت به نسبه، وإنما الحاجة إلى تعيين الولد كما في حال قيام الزواج قبل الطلاق، وهذا يثبت بشهادة امرأة واحدة[4].

والذي أراه في هذه المسألة أن نسب الولد لا يثبت نسب إلا بشهادة أربع نسوة، ذلك أن الأصل في الشهادة أن حجيتها لا تتم إلا بشهادة رجلين أو رجل وأمراتين، والمرأتان تقومان مقام رجل واحد في باب الشهادة بالنص، بما في ذلك ما يخص النساء من عيوب تحت الثياب فسقط شهادة الرجال للضرورة، فيشترط شهادة أربع نسوة ذلك في معنى شهادة رجلين –والله أعلم.

لا يفعل، فحبسه إلى أن مات، ودفن بمقابر الخيزران، ومن آثاره : الفقه الأكبر في الكلام، المسند في الحديث رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي، العالم والمتعلم في العقائد والنصائح رواية مقاتل، أنظر : الرزكلي، الأعلام، ج8، ص36؛ عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، ج4، ص32.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص216؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص320 وما بعدها؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص297.

(2) أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، هو صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً علامة، ومن حفاظ الحديث، وكان واسع العلم بالتفسير، ولد بالكوفة سنة 113هـ، توفى سنة182هـ ببغداد. أنظر: الزِرِكْلي، الأعلام قاموس تراجم، ج8، ص193.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص321؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص297.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص321؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص297.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

جاء في المادة(160) الفقرة(3) من القانون الإسلامي التايلندي في ما يتعلق بالولادة، إذا ادعت المرأة الولادة، يشترط عليها اليمين على ذلك.

ويلاحظ هنا أن القانون الإسلامي التايلندي لم يأخذ بأي من أراء الفقهاء التي استندت إلى الأدلة الشرعية في مجملها.

3.4 أسباب ثبوت النسب في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الإسلامي التايلندي.

إن سبب ثبوت نسب الولد من أمه في الفقه الإسلامي هو الولادة، فمتى جاءت بولد ثبت نسبه منها، دون توقف على شيء آخر من عقد الزواج أو إقرار أو ادعاء ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد، أو الوطء بشبهة، أو من زنا لأن الولد جزء منها، وإذا ثبت النسب منها، بالولادة كان لازمًا ولا يمكن نفيه.

أما فيما يتعلق بثبوت نسب المولود من والده، فهذا نبحثه في الآتي :

1.3.4 ثبوت النسب بسبب الفراش :

الفراش لغة :

المراد بالفِراش في الأصل ما يبسط للجلوس أو النوم عليه، ويكنى به عن المرأة التى يستمتع بها الرجل لقوله تعالى :﴿ **وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ**﴾[1][2].

والفراش هو كون المرأة مُتعينةٌ للولادة لشخص واحد[3].

و"الولد للفراش" لغة : من قوله صلى الله عليه وسلم : **((الولد للفراش وللعاهر الحجر))**[4]،"الولد للفراش" معناه : الولد لمالك الفراش وهو الزوج و المولى، لأنه

---

(1) سورة الواقعة، الآية :34.

(2) ابن منصور، لسان العرب، ج5، ص3382.

(3) الجرجاني، على بن محمد، كتاب التعريفات، د.ط، مكتبة لنبان، بيروت، 1985ه، ص172.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حديث رقم:2750؛ ص1288؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم: 1458، ص666.

يفترشـها، وهـذا مـن مختصـر الكـلام، كقـول عـز وجـل ﴿**وَاسْـأَلِ الْقَرْيَـةَ**﴾[1]، أي أهـل القرية. والمرأة تسمى فِراشاً لأن الرجل يفترشها[2].

وجاء في "المصباح المنير" : "وقوله عليه الصلاة والسلام ((**الوَلَدُ لِلفراش**)) أي للزوج فإن كل واحد من الزوجين يسمى فِرَاشاً للآخر كما سمي كل واحد منهما لباسا للآخر وأفرشت الرجل امرأة زوجته إياها فافْتَرَشَها أي تزوجها"[3].

الفراش اصطلاحاً :

وأما الفراش في الاصطلاح فإنه لم يخرج عند الفقهاء عن معناه اللغوي فقالوا أنه اسم للمرأة، كما جاء في "البدائع الصنائع" : "والمراد الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل، وسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش و تبسط بالوطء عادة"[4].

وكذلك لمعنى الولد الفراش كما قال الإمام النووي في كتابه : "وأما قوله صلى الله عليه وسلم ((**الولد للفراش**)) فمعناه أنه إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشاً له فأتت بولد لمدة الإمكان منه لحقة الولد وصار ولداً يجري بينهما التوارث وغيره من الأحكام"[5].

وأما مشروعية ثبوت النسب بسبب الفراش، فهو ثابت بالكتاب لقوله تعالى : ﴿**وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَجَعَلَ لَكُم مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً**﴾[6]. وثابته بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، بقوله صلى الله عليه وسلم :((**الولد للفراش وللعاهر الحجر**))[7].

---

(1) سورة يوسف، آية :82.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص3382.

(3) الفيومي، المصباح المنير، ص178.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص242.

(5) النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف(ت.676هـ)، صحيح مسلم بشرح النووي، ط1، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة–مصر، 1347هـ–1929م، ج10، ص37.

(6) سورة النحل ، الآية :72.

(7) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حديث رقم:2750؛ ص1288؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم: 1458، ص666.

وقد اتفق الفقهاء على أن الفراش سبب من أسباب ثبوت النسب، والفراش الذي يثبت به النسب الثابت بعقد الزواج الصحيح، أو عقد الزواج الفاسد، أو وطء بشبهة، وسيكون البحث في هذا المطلب على النحو التالي :

1.1.3.4 الفراش الثابت بعقد الزواج الصحيح.

مفهوم عقد الزواج الصحيح :

عقد الزواج الصحيح هو الذي استوفى أركانه وشروط صحته، ويترتب على هذا العقد جميع آثار عقد الزواج من حل استمتاع كل منهما بالآخر ومهر ونفقة ونسب وتوارث وحرمة مصاهرة[1].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما موقف القانون الإسلامي التايلندي، فقد جاء في المادة(23) "أن عقد النكاح الصحيح : هو العقد الذي تكتمل فيه الشروط التي نص عليها القانون".

وجاء في "معجم تايلندي–تايلندي" : "ويثبت النسب بعقد قانوني أو أن يقر الرجل ببنوته"[2]، نفهم من ذلك أن سبب ثبوت النسب الصحيح هو العقد القانوني –أي العقد الشرعي– وهذا هو ما يفهم من قوله : "يثبت النسب بعقد قانوني"

وعلى ذلك نجد أن المشرع التايلندي يرى أن الفراش الصحيح هو الثابت بعقد صحيح إذا كان العقد مستوفياً الشروط التى يشترطها القانون الإسلامي التايلندي والفقه الإسلامي.

شروط ثبوت النسب بعقد الزواج الصحيح :

اشتراط الفقهاء لثبوت النسب هنا عدة شروط، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو محل خلاف، وهي :

الشرط الأول : أن يتصور الحمل من الزوج عادة.

معنى هذا الشرط أن يكون الزوج في حال يتصور منه وطء زوجته لقدرته على

---

(1) الخن وغيره، الفقه المنهجي، ج2، ص87؛ السرطاوي، شرح القانون الأحوال الشخصية الأردني، ص 148.

(2) معجم تايلندي– تايلندي، اصدار مجمع اللغة التايلندية، ص61.

الوطء والإنزال، وهذا يتحقق عادة إذا كان الزوج بالغاً سليم الآلة –أى آلة الجماع– ولا خلاف في هذا[1].

ويكون ذلك ببلوغ الزوج، وهو ببلوغه اثنتى عشرة سنة عند الحنفية[2]، وثماني عشرة سنة عند المالكية في المشهور[3]، وببلوغه عشر سنوات عند الشافعية على أصح[4] والحنابلة[5]، إذا كان الزوج صغيراً وولدت زوجته ولداً لم يلحقه هذا الولد ولا يثبت نسبه منه باتفاق الفقهاء.

وكذلك لا يلحق الولد بالزوج إذا كان الزوج مجبوباً[6]، ولا يثبت نسبه منه لعدم إمكان علوق زوجته منه[7].

كما جاء في فقه الشافعية في "مغني المحتاج" : "وإنما تحتاج الملاعن إلى نفي نسب ولد ممكن كونه منه، فإن تعذر كون الولد منه لم يلحقه الولد لاستحالة كون الولد منه، فلا حاجة إلى انتفائه إلى لعان، ومن صور التعذر ما لو كان الزوج صغيراً أو ممسوحا[8] على المذهب"[9].

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص169.

(2) السرخسي، المبسوط، ج9، ص183.

(3) البغدادي، عبدالرحمن شهاب الدين، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، ضبطه : يحيى مراد، د.ط، طبقا لقوانين الملكية الفكرية، د.ت، ص67؛ القرافي، شهاب الدين أحمد إدريس(ت.684هـ)، الذخيرة، ط.1، تحقيق : محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت–لنبان، 1994م، ج4، ص230.

(4) الشيرازي، المهذب، ج2، ص121؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص86.

(5) ابن قدامة، المغني، ج11، ص168.

(6) مجبوب أي مقطوع الذكر كله، وكذا إن بقي منه دون الحشفة، أنظر : الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص451

(7) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص460.الشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص499؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص169؛

(8) الممسوح : وهو المقطوع كل ذكره وانثييه، وعللوا ذلك لا يلحقه ولد لأن لا ينزل، أنظر الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص519.

(9) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص499.

وجاء في " المغني" : "وإن ولدت امرأة من مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم، لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج"[1].

والذي أراه أن يلحق الولد لمن اثنتى عشرة سنة ليشمل الأحوال النادرة القيلة. ويمكن أن يبلغ في سن الحادية عشرة ويقل قبلها، وإن متوسط البلوغ من 13-15سنة[2] –والله أعلم.

ويتبين أن الممسوح لا يمكن لزوجته أن تحمل منه، لأنه لا ينزل الماء ولا يمكنه إلقاء الماء في الرحم لعدم وجود الماء أصلاً، وعدم وجود الآلة الموصلة للماء إلى الرحم.

والذي أراه لحوق نسب مولود المجبوب، لأنه يمكن أن يساحق فينزل ما يخلق منه الولد[3]، ولأن الذكر ليس إلا إداة لتوصل المني إلى الرحم، فإذا تمكن المجبوب من إلقاء المني على فرج المرأة، فقد يصل إلى الرحم، ويحصل التلقيح، وهذا يحصل من غير المجبوب، فمنه كذلك.

موقف القانون إسلامي التايلندي :

لم يذكر القانون الإسلامي التايلندي أن يتصور الحمل من الزوج عادة، ولكن ما يبين سن البلوغ، حيث نصت المادة(2) في الفقرة(4) على أن :" البلوغ هو وصول الولد(الذكر أو الانثى) إلى عمره :-

1- 15 سنة كاملة أو-

2- 9 سنوات أو إذا كان:-

أ- الاحتلام أو خروج المني.

ب- أما الأنثى حدوث الدورة الشهرية.

ويفهم من هذا أن القانون الإسلامي التايلندي لا يلحق بالصغير نسب إذا كان دون التاسعة من عمره، ومؤدى هذا أن من كان سنه أقل من تسع سنين، ولم يبلغ

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج11، ص169.

(2) البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص39،40.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج12، ص548.

بالاحتلام أو خروج المني، فإنه لا يصح أن يلحق به ولد، لأنه أدنى سن يصير به الولد بالغاً.

ويلاحظ أن القانون الإسلامي التايلندي لم يأخذ بأي من أراء الفقهاء التي استندت إلى النص الشرعي في مجملها.

الشرط الثاني : إمكان التلاقي بين الزوجين.

لا خلاف بين الفقهاء على أن إمكان التلاقي بين الزوجين أحد شروط ثبوت النسب بعقد الزواج الصحيح، ولكنهم اختلفوا في اشتراط الدخول أو إمكان الدخول، وذلك إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية[1] إلى أنه لا يشترط وجود الدخول ولا إمكانه، ويكفي ثبوت النسب للفراش بمجرد العقد، كما لو تزوج المشرقي بمغربية ثبت نسبه إلى أبيه وإن لم يوجد الدخول الحقيقي لوجود سببه وهو النكاح، كما جاء في "شرح فتح القدير" : "ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية"[2].

وجاء في " بدائع الصنائع " أما النكاح الصحيح فله أحكام: "ومنها ثبوت النسب، وإن كان ذلك حكم الدخول حقيقة، لكن سببه الظاهر هو النكاح لكون الدخول أمراً باطناً، فيقام عقد النكاح مقامه في إثبات النسب، لهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم((**الولد للفراش وللعاهر الحجر**))، وكذا لو تزوج المشرقي بمغربية فجاءت بولد يثبت النسب، وإن لم يوجد الدخول الحقيقي لوجود سببه، وهو النكاح"[3].

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] إلى أن الفراش بسبب الزواج الصحيح إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص331؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص315.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص315.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص331–332.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد، مج3، ص1535.

(5) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص306.

(6) ابن قدامة، المغني، ج11، ص168.

استدلوا على ذلك : بأن إمكان الدخول كاف في ذلك، أما حقيقة الوطء والإنزال ففي معرفته حرج كبير، ولا يمكن الاطلاع عليه، ولهذا يعتبر الظاهر فقط وهو إمكان الدخول، استناداً للقاعدة الفقهية "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"[1]،

القول الثالث : ذهب ابن تيمية[2] وابن قيم الجوزية إلى أنه لا يثبت الفراش بسبب الزواج الصحيح إلا بمعرفة الدخول المحقق، وحجتهم في ذلك إلى أن العرف وأهل اللغة لا يعدون المرأة فراشاً إلا بعد البناء بها-أي الدخول بها[3].

المناقشة والترجيح :

مناقشة القول الأول :

رد ابن تيمية على استدلال القول الأول بالحديث((**الولد للفراش**)) لا دلالة فيه على أن الفراش يثبت بمجرد العقد بل غاية ما يدل عليه أن الولد للفراش إذا ثبت الفراش، لا تمسى المرأة فراشاً الا إذا استفرشها الرجل ودخل بها، فأهل العرف واللغة لا يعدون المرأة فراشاً قبل الدخول بها[4].

مناقشة القول الثالث :

رد الجمهور على استدلال ابن تيمية بأن أهل العرف واللغة لا يعدون المرأة فراشاً قبل البناء بها، هذا الاستدلال غير وارد، ذلك لأن أهل العرف يسمون المرأة،

---

(1) الرزقا، أحمد بن محمد(ت.1357)، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق- السورية، 1409هـ-1989م، ص345.

(2) ابن تيمية هو أحمد بن عبد الحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر بن محمد بن الخضر بن علي بن عبدالله بن تيمية، الحراني، ثم الدمشقي، الحنبلي، كان محدثاً وحافظاً ومفسراً وفقيهاً ومجتهداً ومشاركاً في أنواع من العلوم، ولد بحران سنة661هـ، وحبس بقلعة القاهرة، والإسكندرية وبقلعة دمشق مرتين، وتوفي بها سنة728هـ، ودفن بمقابر الصوفية، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج1، ص163، الزركلي، الأعلام قاموس تراجم، ج1، ص144.

(3) ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي(ت.751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط1، تحقيق : عبدالرزاق، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1425هـ-2005م، ص1093.

(4) ابن قيم، زاد المعاذ، ص1093.

زوجـة بمجـرد العقـد وإذا كانـت زوجـة فهـي فـراش بـلا شـك، وإن هـذا يتحقـق بإمكـان الدخول ولا يتحقق به الدخول الحقيقي.

القول الراجح :

بعد النظر في هذه الأقوال يتبين ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني وهو قول الجمهور وهو الراجح، وذلك أن النسب يثبت بسبب العقد، فإذا انعدم السبب انعدم إثباته، وعدم إمكانية التلاقي هو هدم لسبب إثبات النسب، والعمل بكرامة الأولياء أمر لا ينضبط، والأخذ به يفتح باباً للفساد- والله أعلم.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

نصت المادة (167) على أنه : "لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة في حالات :- الفقرة(1) إذا دخل رجل بامرأة :

أ- بدون عقد نكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به.

ب- أو نكاح باطل، وامرأة حامل من هذا اللقاء.

الفقرة(2) أن الولد الذي يولد قبل ستة أشهر بعد عقد نكاح ولقاء".

نفهم من هذا النص أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي ابن تيمية وابن القيم بعدم ثبوت النسب من الرجل إذا لم يتحقق دخوله بزوجته، وهذا ما يفهم من قوله : "إذا دخل بامرأة"، ومن هذه المادة يتضح أنه لا يثبت نسب الولد من رجل إذا وطء امرأة بدون عقد النكاح أو كان عقد النكاح منتهياً بالطلاق أو غيره.

الشرط الثالث : أن تلد الزوجة خلال مدة الحمل.

هي أن يولد الولد بعد ستة أشهر من وقت الزواج في رأي الحنفية[1]، ومن وقت الزواج مع إمكان الوطء عند الجمهور[2]، ومن وقت الدخول الحقيقي عند بعض

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص314.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، مج3، ص1535؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص306؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص168؛

الحنابلة[1]، وقد اتفق الفقهاء على أنه إن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر، فلا يثبت نسبه من الزوج.

وأما أكثر مدة الحمل فمختلف فيها عند الفقهاء والأطباء، وهي أربع سنين عند الشافعية[2]والحنابلة[3]، وخمس سنين عند المالكية على المشهور[4]، وسنتان عند الحنفية[5]، وسنة قمرية عند محمد بن عبد الحكيم من المالكية[6]، وتسعة أشهر عند الظاهرية[7]، واختلف الرأي عند الأطباء فمنهم من قال هي عشرة أشهر وهو رأي الدكتور أحمد ترعاني والدكتور محي الدين[8]، ومنهم من قال(310) يوماً وهو رأي الدكتور محمد علي البار، **و**منهم من قال(330) يوماً وهو الدكتور أحمد محمد كنعان[9].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

يذهب القانون الإسلامي التايلندي بما اتفق عليه الفقهاء على أن تلده الزوجة لمدة لا تقل عن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر، وهذا ما يفهم من المادة (167) على أنه : "لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة في حالات :-

الفقرة(1) إذا دخل رجل بامرأة :

أ- بدون عقد نكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به.

ب- أو نكاح باطل، وامرأة حامل من هذا اللقاء.

---

(1) ابن قيم، زاد المعاذ، ص1093.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص512،

(3) ابن قدامة، المغني، ج11، ص232.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص460.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص230.

(6) ابن رشد، بداية المجتهد، مج 3، ص2086.

(7) ابن حزم، المحلّى، ج10ن ص316.

(8) أنظر : الخطيب، أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية،1998م، ص106.

(9) كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ص376.

الفقرة(2) أن الولد الذي يولد قبل ستة أشهر بعد عقد نكاح ولقاء".

وأما أكثر مدة الحمل لم يذكر القانون الإسلامي التايلندي لكن جاء في قانون المدني والتجاري(التايلندي) ورأي إسماعيل علي صاحب كتاب "قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)"[1] على أنه قد أخذوا أخذوا برأي الدكتور محمد علي البار في اعتبار أكثر مدة الحمل هي (310) يوماً.

ثبوت النسب بعد الفرقة من عقد الزواج الصحيح.

يختلف حكم ثبوت النسب بعد الفرقة بحسب ما إذا كان الولد قد ولد بعد الدخول أم قبل الدخول، حسب التفصيل الآتي :

أولاً : نسب الولد بعد الفرقة وقبل الدخول.

أ- أن الرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول بها، ثم ولدت بعد الطلاق فإن ولدت قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الفرقة، عند الحنفية يثبت نسبه من الرجل، للتيقن أن الحمل قد حدث قبل الفرقة[2]. أما عند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة فلا يثبت نسبه لعدم إمكان الدخول[3].

ب- وإن ولدت بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق، فإن الولد لا يثبت نسبه من الرجل، إذ لا نتيقن حدوث الحمل قبل حصول الفرقة[4]، دل على أن كان الفراش قد زال بيقين، والنسب لا يثبت مع الشك، ولذلك لا يثبت نسب المولود من الرجل، وهو رأي الحنفية.

ثانياً : نسب الولد بعد الفرقة وبعد الدخول.

اختلف الفقهاء في حكم نسب الولد المولود بعد الفرقة وبعد الدخول، هل التمييز بين نوع الفرقة على اعتبار نسب الولد بعد الفرقة وبعد الدخول أم لا؟

---

(1) علي، القانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)، ص137.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص211-212.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، مج3، ص1535؛ النووي، روضة الطالبين، ج6، ص306؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص232.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص211-212؛

الفريق الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى عدم التمييز بين أنواع الفرقة، وأن لا فرق بين ولد المطلقة، أو المتوفى عنها زوجها، ولا بين المطلقة رجعياً والمطلقة بائناً.

إذا جاءت المرأة بولد بعد الفرقة أو الوفاة، إن ولدته قبل مضي أكثر مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة، فإن النسب يثبت من الزوج المطلق.

وأما إذا ولدته بعد مضي أكثر مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت النسب من الزوج المطلق أو المتوفى.

الفريق الثاني : ذهب إلى التمييز بين نوع الفرقة، قد ميزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقاً رجعياً وطلاقاً بائناً، وهو رأي الحنفية، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

أ- إذا كان الطلاق رجعياً ، وهذا له حالتان :

الحالة الأولى : إذا لم تقر المطلقة رجعياً بانقضاء عدتها.

في هذه الحالة يثبت نسب الولد المولود من الزوج، إذ ولدته قبل مضي أكثر مدة الحمل-وهي سنتان-من تاريخ الطلاق، ويحمل على أن المطلقة حملت به قبل الطلاق، لأنه لم يمض عليه أكثر من أكثر مدة الحمل التي هي سنتان[4].

والمطلقة رجعياً التي لم تقر بانقضاء عدتها، يثبت نسب الولد من الزوج، إذ ولدته بعد مضي سنتين أو أكثر[5]، لاحتمال حملها منه أثناء عدة، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك فلا يحرم المطلقة على زوجها، فيجوز للزوج الاستمتاع بها. جاء في "الهداية شرح بداية المبتدي" : "ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص1535.

(2) النووي، روضة الطالبين، ج6، ص306؛ الماوردي، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1414هـ-1994م، ج11، ص93.

(3) ابن قدامة، المغني، ج11، ص168.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص316.

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص316؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص296.

لسنتين أو أكثر ما لم تقرّ بإنقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدّة لجواز أنها تكون ممتدّة الطهر "[1].

الحالة الثانية : إذا أقرت المطلقة رجعياً بانقضاء عدتها.

إذا أقرت المطلقة رجعياً بإنقضاء عدتها[2] من زوجها، وكانت المدة بين الطلاق وإقرارها بإنقضاء عدتها تحتمل صدقها في هذا الإقرار، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها، فيثبت نسبه من الزوج، لأن الشرع قد ائتمنها على الإقرار بإنقضاء عدتها على ألا يظهر غلطها أو كذبها الشرع بيقين، لأن ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها بإنقضاء عدتها، دليل على أنها كانت حاملاً وقت الإقرار، لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر[3].

أما إذا جاءت بالولد لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها بإنقضاء عدتها، ففي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد من الزوج، لأن الشرع لا يكذبها في إقرارها ولا دليل على غلطها فيه، فلا يكون الولد من الزوج، فلا يثبت نسبه منه[4].

ب- إذا كان الطلاق بائناً :

وفي هذا الطلاق من حيث اقرارها أو عدمه بانقضاء العدة حالتان :

الحالة الأولى : أن تقر بانقضاء العدة.

إذا أقرت المطلقة بائناً بانقضاء عدتها في مدة تنقضي في مثلها العدة[5]، ثم جاءت بولد إلى سنتين من تاريخ الطلاق، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم أقرت بانقضاء عدتها يثبت نسب الولد من الزوج، لظهور كذبها أو غلطها في إخبارها عن انقضاء عدتها، لأنها تبينت أنها كانت معتدة بالحمل وقت الإقرار[6].

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص296.

(2) ملاحظة : إن أقرت بإنقضاء العدة، وكانت المدة تحتمله بأن كانت ستين يوماً في رأي أبي حنيفة وتسعة وثلاثون يوماً في رأي أبي يوسف ومحمد، أنظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص316.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص213؛ : ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص316.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص213.

(5) هي ستون يوماً في رأي أبي حنيفة وتسعة وثلاثون يوماً في رأي أبي يوسف ومحمد.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص213.

أما إذا جاءت بالولد لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها لم يظهر كذبها في هذا الإقرار، فلا يكون الولد من زوجها ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أنها تزوجت بغيره فجاءت بالولد المولود من هذا الزوج الجديد[1].

الحالة الثانية : إذا لم تقر المطلقة بائناً بانقضاء عدتها.

إذا لم تقر المطلقة بائناً بانقضاء عدتها من زوجها فإنه يثبت نسب ولدها من زوجها إذا جاءت به لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق، لاحتمال كون الولد موجوداً في رحم هذه المرأة وقت الطلاق، فلا يكون هناك يقين بزوال فراش الزوجية قبل العلوق وحصول الحمل، وما دام هذا الاحتمال قائماً فالنسب يثبت احتياطاً مع ما فيه من حمل أمر المرأة على الصلاح[2].

إذا جاءت بولد لتمام سنتين من تاريخ الطلاق لم يثبت نسب الولد، كما جاء في "الهداية شرح بداية المبتدي" : "والمبتوتة[3] يثبت ولدها إذا جاءت به من سنتين، وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت، لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه، لأنه وطأها حرام"[4].

ولكن عند الكاساني صاحب "بدائع الصنائع" يثبت نسب ولد المطلقة بائناً إذا جاءت به لتمام سنتين من تاريخ الطلاق، كما قال في كتابه : "فإذا جاءت بولد فإن جاءت به إلى سنتين عند الطلاق لزمه، لأنه لا يحتمل أن يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق ويُحتمل أن يكون من وطء وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملاً وقت الطلاق، لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين بالاتفاق–أي عند الحنفية– وهذا

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص213.

(2) السرخسي، المبسوط، ج6، ص46؛ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص296.

(3) المبتوتة بمعناها المطلقة بائناً، والبائن هو: رفع قيد النكاح في الحال، والطلاق البائن على قسمين : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى، فأما البائن بينونة صغرى فيكون بالطلقة البائنة الواحدة، وبالطلقتين البائنتين، فإذا كان الطلاق ثلاثاً، كانت البينونة به كبرى مطلقاً، سواء كان أصل كل من الثلاث بائناً أم رجعياً بالاتفاق، أنظر : الموسوعة الفقهية الكويتية، ج29، ص29.

(4) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ص296.

ظهر الاحتمالين، إذا الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج في العدة، وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب من أمكن، فيحمل عليه أو نقول : النكاح كان قائماً بيقين، والفراش كان ثابتاً بيقين لقيام النكاح، والثابت بيقين لا يزول الا بيقين مثله، فإذا كان احتمال العلوق على الفراش قائماً لم نستيقن بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه، فلم نستيقن بزوال الفراش فلا نحكم بالزوال بالشك"[1].

إما إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت طلاقها لا يثبت نسبه من زوجها للتيقن أن العلوق به كان بعد الطلاق[2].

ثالثاً : نسب لد المتوفى عنها زوجها.

أن المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد فإنها لا تخلو من حالتين، هما[3] :

الحالة الأولى : إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسبه من المتوفى، أما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها لم يثبت نسبه للمتوفى لاحتمال علوقه من غيره.

الحالة الثانية : إذا لم تقر بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد إلى سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من الزوج المتوفى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وذهب زفر إلى عدم ثبوت نسب الولد من الزوج المتوفى إذا جاءت المرأة به لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من وقت وفاة الزوج، وحجته كما جاء في "المبسوط" للسَرَخْسي : "لأنه لما لم يكن الحبل ظاهراً فقد حكمنا بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشراً بالنص وذلك أقوى من إقرارها بانقضاء العدة ولو أقرت بذلك ثم جاءت بولد لمدة حبل تام لم يثبت النسب منه"[4].

وإن جاءت بولد لأكثر من سنتين من تاريخ الوفاة لا يثبت النسب للمتوفى لاحتمال أنها حملت به بعد الوفاة[5].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص212.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص212.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص214، السرخسي، المبسوط، ج6، ص47-48.

(4) السرخسي، المبسوط، ج6، ص47.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص214.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما موقف القانون الإسلامي التايلندي لم يصرح في هذه المسألة، أي لم يذكر القانون الإسلامي التايلندي في ثبوت النسب بعد الفرقة من عقد الزواج الصحيح.

2.1.3.4 الفراش الثابت بعقد الزواج الفاسد.

مفهوم عقد الزواج الفاسد :

المقصود بالزواج الفاسد هو الذي سقط شرط من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود، كما قال ابن عابدين : "نكاحاً فاسداً على ما سقط منه شرط الصحة بعد وجود المحلية، كالنكاح المؤقت أو بغير شهود" [1].

واتفق الفقهاء[2]على أن الزواج الفاسد معتبر بالزواج الصحيح من حيث لحقوق نسب الولد بالواطئ، قد جاء في "المغني" لابن قدامة : "لأنه –أي النسب–إما من نكاح صحيح أو فاسد، وكلا هما يلحق النسب فيه"[3].

وأن النسب يثبت بالزواج الفاسد إذا اتصل به دخول حقيقي، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه، و كما قال الكاساني[4] : "أما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب"[5].

وقد جاء في "شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني" : "يتفق الحنفية مع جمهور الفقهاء في هذا –أي عقد الزواج الفاسد– وقد جرى كثير من العلماء على

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص198.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص214؛ السرخسي، المبسوط، ج17، ص155؛ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص452؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص41؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص535 ؛ ج17، ص155.

(3) ابن قدامة، المغني، ج9، ص535.

(4) الكاساني هو أبو بكر، علاء الدين بن مسعود بن أحمد، (الكاساني نسبة إلي كاسان مدينة في أول بلاد تركستان وراء نهر سيحون وراء الشاش)، كان فقيهاً وأصولياً، توفي بحلب سنة 587هـ–1191م، أنظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج1 ص446.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص335.

تسمية عقد النكاح الذي لم يستوف مقومات العقد، وتترتب عليه بعض الآثار أن حصل دخول بالعقد الفاسد"[1].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

نصت المادة(23) من القانون الإسلامي التايلندي على أن : "عقد النكاح الصحيح : هو العقد الذي تكتمل فيه الشروط التى نص عليها القانون، وإذا خالف ذلك أو هناك غش ولم يعلم الرجل يعتبر دوام عقد النكاح إلى أن يعلم ذلك ويفسخ النكاح، ويعتبر بائناً، وله أن يعقد من جديد"، ونفهم منها أنه إذا لم تكتمل الشروط التى يشترط القانون الإسلامي التايلندي في عقد الزواج، فإنه يعتبر عقداً فاسداً.

نصت المادة (167) من نفس القانون على أنه : " لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة في حالة:- في القفرة(1) بدون عقد نكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به"، وفي هذه المادة يعتبر نسب الولد من الرجل إذا دخل بزوجته، بمعنى عقد الزواج الفاسد لا يثبت نسب الولد المولود من الرجل إذا لم يتحقق الدخول بزوجته ما يفهم من قوله " إذا دخل بامرأة".

شروط ثبوت النسب بعقد الزواج الفاسد :

يشترط لثبوت النسب في الزواج الفاسد إن توافرت الشروط الآتية:

الشرط الأول : أن يتصور الحمل من الزوج عادة، أي أن يكون الزوج في حال يتصور منه وطء زوجته لقدرته على الوطء والإنزال[2] فإن لم يكن كذلك فلا يثبت نسب الولد للزوج.

وذلك أن يكون الزوج بالغاً[3]، فإن كان صغيراً فلا يثبت النسب إليه.

الشرط الثاني : تحقق الدخول بالزوجة أو الخلوة بها، أن النسب يثبت بالزواج الفاسد إذا اتصل به دخول حقيقي، أي الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزاوج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه، كما قال

---

(1) السرطاوي، شرح قانون الأحوال شخصية الأردني، ص145.

(2) ابن قدامة، المغني، ج11، ص169.

(3) السرخسي، المبسوط، ج9، ص183؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج11، ص86؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص168.

الكاساني : "أما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب"[1].

فلا حكم للزواج الفاسد قبل الدخول الحقيقي أو الخلوة من حيث ثبوت نسب الولد، لأن الزواج الفاسد ليس بزواج حقيقة[2].

يرى المالكية أن الخلوة لا تكون سبباً في ثبوت نسب الولد من الرجل إذا لم يتحقق الدخول الحقيقي بزوجته، لأن الفراش بسبب الزواج الفاسد إنما يثبت بالخلوة شرط الدخول الحقيقي، وحجتهم في ذلك أن الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح لإمكان الدخول الحقيقي في كل منهما، والخلوة في الزواج الصحيح تجب بها العدة، ويثبت بها النسب فكذلك الخلوة في الزواج الفاسد[3].

والحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] يشترطوا حصول الدخول فقط، والخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة، بخلاف الخلوة في الزواج الصحيح، فإن الدخول الحقيقي فيها حلال شرعاً.

والذي أراه أن الخلوة لا يثبت النسب بها في الزواج الفاسد؛ لأن الخلوة في الزواج الفاسد لا تحل الدخول فإذا تزوج رجل امرأة زواجا فاسداً، فالأصل عدم الاتصال بها جنسياً.

الشرط الثالث : أن يولد الولد بعد ستة أشهر من وقت الدخول، واتفق الفقهاء على أنه ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر فلا يثبت نسبه من الزوج، وإذا ولدته الزوجة بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت الدخول أو الخلوة الصحيحة ثبت نسبه من الزوج[7].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص335.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص335.

(3) الدسوقي، حاسية الدسوقي، ج2، ص460.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص335.

(5) الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، ص134.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج11، ص379. ابن قدامة، المغني، ص11، ص171.

(7) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص314؛ الدسوقي، حاسية الدسوقي، ج2، ص460؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص513؛ المغني، ابن قدامة، ج11، ص231.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما القانون الإسلامي التايلندي في شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد نفهم من المادة(167) على أنه "لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة في حالات :

(1) إذا دخل رجل بامرأة :

أ- بدون عقد نكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به.

ب- أو نكاح باطل، وامرأة حامل من هذا القاء.

(2) أن الولد الذي يولد قبل ستة أشهر بعد عقد نكاح ولقاء".

يلاحظ : أن القانون الإسلامي التايلندي لم يبين في هذه المادة أن عقد النكاح صحيح أم فاسد، وهذا ما يفهم من قوله : "بدون عقد النكاح" و "بعد عقد نكاح"، وهذا يدل على شمول عقد الزواج الصحيح والفاسد.

ويمكن تلخيص شروط ثبوت النسب بعقد الزواج الفاسد عند القانون الإسلامي التايلندي :

1- تحقق الدخول بالزوجة، لا يثبت نسب المولود من رجل إذا لم يتصل بامراة دخولاً حقيقياً، وهذا ما يفهم من قوله : "دخل بامرأة".

2- أن يولد المولود لأدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الدخول، فإذا ولدته المرأة لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه من الرجل.

ونفهم من هنا أن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي الفقهاء على أنه لم يثبت نسب الولد المولود من الرجل إذا لم يتحقق الدخول بزوجته، أما ثبوت النسب بالخلوة فلم يتعرض القانون الإسلامي التايلندي لها.

والقانون الإسلامي التايلندي يوافق مع رأي الفقهاء على أنه إن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر فلا يثبت نسب الولد من الرجل.

وقت ثبوت النسب بعد فرقة من عقد الزواج الفاسد :

ثبوت النسب من الزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح، كما جاء في "رد المحتار على الدر المختار" : "وفاسد النكاح في ذلك-أي ثبوت النسب- كصحيحه- أي صحيح النكاح-ثم إن محل ثبوت النسب فيه إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت

المفارقة لا لأكثر منهما"[1]. بمعنى حالات ثبوت النسب في عدة الزواج الصحيح يجب أن تراعي في ثبوت النسب في عدة الزواج الفاسد ما دام أن فاسد الزواج كصحيحه في ثبوت النسب.

وعلى هذا إذا حدثت الفرقة بعد الزواج الفاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول أو الخلوة في رأي المالكية، ثم جاءت المرأة بولد قبل مضي أكثر مدة الحمل من تاريخ الفرقة، ثبت نسب الولد من الرجل.

وإن جاءت به بعد مضي أكثر مدة الحمل، لا يثبت نسب الولد منه، وأكثر مدة الحمل كما سبق.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما موقف القانون الإسلامي التايلندي لم يصرح في ثبوت النسب بعد الفرقة من عقد الزواج الفاسد.

3.1.3.4 الفراش الثابت بالوطء بشبهة :

الشبهة هي ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة، أو ما يشبه الثابت وليس بثابت في نفس الأمر[2]

أما الوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، كمن يطأ امرأة زُفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته[3].

أما موقف القانون الإسلامي التايلندي : فقد جاء في المادة(6) : "الوطء بشبهة معناه : أن يطأ رجل امرأة ولم يقصد بذلك مخالفة شرعية، كوطء الرجل المرأة ظناً منه أنها زوجته أو أن يكون الوطء في حالة مختل العقل أو النوم أو السكران بسبب مشروع".

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص231.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص26؛ موسوعة الفقهية الكويتية، ج25، ص338.

(3) موسوعة الفقهية الكويتية، ج25، ص339؛ الزحيلي، فقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7262.

أقسام الشبهة وحكمها :

الوطء الواقع بشبهة يكون أيضاً أقساماً حسب نوع الشبهة، وهذه الشبهة عند الفقهاء على الأقسام التالية :

1- **شبهة المحل** : وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك

وسميت شبهة محل لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل، وتسمى حكمية أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل(1).

فإذا وطئ الأب جارية ابنه ارتفع عنه الحد لوجود شبهة الحد عند أكثر الفقهاء(2) وهو حديث صلى الله عليه وسلم : **((أنت ومالك لأبيك))**(3)، وإذا جاءت هذه الجارية بولد بهذا الوطء وادعاه الواطئ ثبت نسبه منه، لأن الحديث الشريف أفاد الشبهة في نفس جارية الابن بالنسبة للأب، وإنما أفاد الحديث الشريف الشبهة ولم يفد الملك للإجماع على عدم إرادة حقيقة الملك(4).

2- **شبهة الفعل** : وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة، وهذا التقسيم عند الحنفية فقط(5)، وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه حل الفعل وحرمته، وليس

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص26-27؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص238؛ العيني، البناية في شرح الهداية، ج6، ص249.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص26-27؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص238 وما بعدها؛ الدمياطي، أبو بكر بن محمد شطا، إعانة الطالبين، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1422هـ-2001م، ج4، ص220؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص576-577.

(3) حديث عن جابر بن عبدالله، أن رجلاً قال : يارسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يحتاج مالي، فقال الرسول الله صلى الله عليه وسلم : **((أنت ومالك لأبيك))**، أنظر : ابن ماجة، أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني(ت.273ه) سنن ابن ماجة، ط.1، تحقيق : محمد ناصرالدين الألباني، مكتبة المعارق للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية، 1417هـ-1997م، كتاب التجارة، باب ما للرجل من مال ولده، حديث رقم:2291، ص392، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر : الألباني، إرواء الغليل، ج3، ص323.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص26-27؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص238 وما بعدها.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص29؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص238.

هناك دليل يفيد الحل، فظن حل الفعل غير الدليل دليلاً، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً، فلا يثبت النسب بهذه الشبهة عند الحنفية، وإن ادعاه الزوج لعدم وجود شبهة في المحل، وهو زنى، ولكن درئ الحد عنه لظن الفاعل، واستثنوا من ذلك المزفوفة إليه- غير زوجته- إذا وطئها وجاءت بولد ثبت نسبه منه، وإن كانت موطوءة بشبهة الفعل[1].

3- **شبهة العقد** : المراد بشبهة العقد: وجود صورة المبيح، وهي التي نشأت من وجود العقد صورة لا حقيقة، كما إذا عقد رجل على محرمة عليه بسبب الرضاع أو لكونها أخته نسباً فلا يجب الحد عند أبي حنيفة، قد جاء في "شرح فتح القدير" : "ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خمساً في عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لا حد عليه عند أبي حنيفة"[2]، فإذا كان الواطىء يجهل الحكم الشرعي ولا يعرف تحريمها عليه ويثبت نسب الولد منه إن ادعاه الواطىء[3].

وعند الجمهور[4] وأبي يوسف ومحمد من الحنفية[5]، قالوا : لم يسقط عنه الحد إذا كان يعتقد الحرمة، قد قال الماوردي : "وأما العقد على ذوات المحارم كالأمهات، والأخوات، والخالات، من نسب أو رضاع فلا يكون من شبهة العقود، ويكون الواطئ فيه زانياً يجب عليه الحد، وبه قال أبو يوسف ومحمد"[6]، ولا يثبت بهذا النكاح نسب المولود وإن ادعاه الواطىء.

والذي أراه أن رأي جمهور هو الراجح، إن كان يعتقد الحرمة لم يسقط عنه الحد ولا يثبت نسب المولود من الواطىء ولكن إذا كان الواطىء يجهل الحكم

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص29 وما بعدها؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص238 وما بعدها.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص241.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص241؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص32-33.

(4) مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص123؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج13، ص217؛ ابن قدامة، الكافي، ج5، ص382.

(5) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص33.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، ج13، ص217.

الشرعي ولا يعرف تحريمها عليه سقط عنه الحد، ويثبت نسب الولد منه إن ادعاه–والله أعلم.

4- **شبهة في الفاعل** : تنشأ هذه الشبهة بناء على ظن الفاعل حل هذا الفعل أو جهله في التحريم، وهو تقسيم لغير الحنفية[1]، كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته ويثبت النسب للواطئ إذا وطئ المزفوفة إليه ظاناً أنها زوجته، لأن وطء اعتقد الواطئ حلة فلحق به النسب[2].

5- **شبهة في الجهة أو الطريق** : تنشأ هذه الشبهة من الاختلاف في حل الفعل وحرمته، ما كان حلالاً عند بعض الفقهاء وحراماً عند آخرين، ففيه شبهة يدرأ بها الحد، وهو تقسيم لغير الحنفية[3]، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً أو بائناً على مال في عدتها، ويثبت نسب الولد للواطئ في هذه الشبهة عند جميع الفقهاء.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

نصت المادة (167) من القانون الإسلامي التايلندي على أنه "لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة، وفي حالات : الفقرة(1) إذا دخل رجل بامرأة :–

بدون عقد النكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به".

وجاء في المادة(6) من القانون الإسلامي التايلندي : "الوطء بشبهة معناه : أن يطاء رجل امرأة ولم يقصد بذلك مخالفة شرعية، كوطء الرجل المرأة ظناً منه زوجته أو أن يكون الوطء في حالة مختل العقل أو النوم أو السكران بسبب مشروع".

من خلال المادة(167) والمادة(6) نفهم منهما أن القانون الإسلامي التايلندي اعتبر الوطء بشبهة من أسباب ثبوت النسب على أن لا يفرق بين شبهة وشبهة أخرى، وكان الواجب أن يبين نوع الشبهة التى يبثت بها النسب من دونها.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص714؛ الدمياطي، إعانة الطالبين، ج4، ص220؛ ابن قدامة، المغني، ج11، ص171.

(2) ابن قدامة، المغني، ج11، ص171.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص188؛ الدمياطي، إعانة الطالبين، ج4، ص220.

شروط ثبوت النسب بالوطء بشبهة.

الشرط الأول : إمكان أن يولد لمثله ولد، أي إمكان أن يولد للواطئ ولد بأن يكون في سن يتصور منه الوطء والإنزال.

الشرط الثاني : أن يولد المولود لأدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الوطء، فإذا ولدته المرأة لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه من الواطئ.

الشرط الثالث : يثبت نسب الولد من الواطئ إذا ادعاه، وإن لم يدع نسبه لا يثبت منه وهذا عند الحنفية[1]، جاء في "شرح فتح القدير" : "إنما لا يثبت نسبه إذا لم يدعه، أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة"[2].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما شروط ثبوت النسب بالوطء بشبهة في القانون الإسلامي التايلندي ما ورد في المادة(167) حيث نصت على أنه يشترط أن يولد المولود لأدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر من وقت الوطء، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد من الواطىء.

2.3.4 ثبوت النسب بالإقرار.

1.2.3.4 مفهوم الإقرار ومشروعيته

الإقرار لغة واصطلاحاً

الإقرار في اللغة : الإذعان للحق والاعتراف به، يقال أقر بالحق، أي اعترف به[3].

وأما الإقرار في الاصطلاح عرف الفقهاء الإقرار تعريفات عدة أختار منها:

وعرفه ابن عابدين بأنه : "إخبار بحق عليه للغير من وجه إنشاءٌ من وجه قُيِّدَ بعليه"[4].

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص239؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ص1299.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص239.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مج5، ج39، ص3582.

(4) ابن عابدين، ردالمحتار، ج8، ص350.

عرفه الشربيني في "مغني المحتاج" بأنه : "إخبار عن حق ثابت على المخبر"[1].

أما الإقرار بالنسب هو الاعتراف بنسب الولد إلى المقر وإن لم يذكر السبب في ثبوته أو الإقرار بالوارث ، ويسميه الفقهاء بثبوت النسبب بالدعوى[2].

مشروعية الإقرار:

الإقرار مشروع ، ودليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع.

أ- **الكتاب** : قوله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ**﴾[3]، وجه الدلالة : أن الشهادة على النفس إقرار بالحقوق، وقد أمر الله تعالى بالإقرار بالحق[4].

ب- **السنة** : قوله النبي صلى الله عليه وسلم: **((واغْدُ يا أُنَيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها))**[5]، وجه الدلالة : قد ثبت السنة النبوية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أقام الحد بناء على الاعتراف، فدل على أن الاعتراف حجة على صاحبه، ودليل تبنى عليه الأحكام[6].

ج- **الإجماع** : قد أجمعت الأمة في كافة العصور على جواز الإقرار[7].

2.2.3.4 أقسام الإقرار بالنسب :

ينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين :

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص308.

(2) بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، ص90.

(3) سورة النساء، الآية : 135.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص274.

(5) أخرجه البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، حديث رقم : 2314، ص434، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم: 1698، ص811.

(6) ابن الحجر، فتح الباري بشرح صيحيح البخاري، ج15، ص615.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص308؛ أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج1، ص135.

القسم الأول : الإقرار بالنسب على النفس.

القسم الثاني : الإقرار بنسب محمول على الغير.

الإقرار بالنسب على النفس :

وهو أن يحلق شخص آخر بنسبه، كأن يقر شخص بأبوه آخر أو يقر ببنوته لفلان، فيقول: هذا ابني، أو هذا أبي أو هذه أمي.

شروط الإقرار بالنسب على النفس :

يشترط للإقرار بالنسب على النفس عدة شروط منها :

الشرط الأول : جهالة النسب وهو ألا يكون المقر له معروف النسب من غيره، فإن كان معلوم النسب فإن الإقرار لا يصح، لأنه إذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده[1]، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه[2].

الشرط الثاني : أن يصدق المقر له في الإقرار، إن كان المقر له أهلاً للتصديق بأن يكون قوله معتبراً وذلك أن يكون بالغاً عاقلاً عند الشافعية[3] والحنابلة[4]، وعند وعند الحنفية أن يكون مميزاً لاعتبار قوله وتصديقه[5].

وأرى أن الإقرار حجة قاصرة على المقِر فلا يتعدي إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير، فان كان المقَّر به صغيراً أو مجنوناً فلا يشترط تصديقه لأنهما ليس بأهل للإقرار أو التصديق.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص228؛ القرافي، الذخيرة، ج9، ص310؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص334؛ ابن قدامة، المغني، ج7، ص317.

(2) قال النبي صلى الله عليه وسلم : **((ومن ادعى إلى غير أبيه أوِ انتمَى إلى غير مواليهِ فعليه لعنةُ اللهِ والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً))**، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب تحريم تولي العتق غير مواليه، حديث رقم :1370، ص705.

(3) النووي، روضة الطالين، ج4، ص61؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص334.

(4) ابن قدامة، المغني، ج7، ص318.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص228.

الشرط الثالث : إمكان أن يولد مثله لمثل المقِرّ، بأن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما تحتمل ذلك، فلو كان سنيين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر، فإن الإقرار لا يقبل ولا يثبت النسب، كأن يقول شخص: هذا ابني وكان سن الولد عشر سنوات، وسن المقر أربع عشرة سنة، فهذا الإقرار لا يقبل، لأن الواقع يكذبه والعقل يرفضه[1].

الشرط الرابع : أن لا يكون المقر ولده من الزنى، لأن الزنى لا يصح سبباً لإثبات النسب، إذ النسب نعمة فلا تنال بالمحظور، فقد جاء في " المبسوط" : "أقر أنه زنا بامرأة حرة وأن هذا الولد ابنه من الزنا، وصدقته المرأة، فإن النسب لا يثبت من واحد منها لقوله صلى الله عليه وسلم : **((الولد للفراش وللعاهر الحجر))** ولا فراش للزاني، وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حظ الزاني الحجر فقط، والمراد هنا أنه لاحظ للعاهر من النسب"[2].

الشرط الخامس : حياة المقر له، اشترط الحنفية للإقرار بالنسب أن يكون المقر له حياً، فلو أقر شخص بأن فلاناً ابنه، وكان المقر له بالبنوة ميتاً، فلا يقبل الإقرار، ولا يثبت به النسب، لأن الإنسان يحتاج إلى نسب ليشرف به ولأن الميراث فرع النسب ولا يورث الولد إلا إذا كان حياً[3].

وأما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوه، ويصح الإقرار بالنسب سواء كان المقر له حياً أو ميتاً[4].

والذي أراه أن قول الجمهور هو الراجح لأن النسب شرف للإنسان في حياته وبعد مماته، ولأن من آثار النسب الاعتزاز به واتصال الأنساب وهذه الأمور تبقى بعد الوفاة.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص228.

(2) السرخسي، المبسوط، ج17، ص154.

(3) السرخسي، المبسوط، ج17، ص158.

(4) انظر : ابن قدامة، المغني، ج7، ص323.

الشرط السادس : عدم المنازعة، اشترط بعض الفقهاء أن لا يكون هناك منازعة في إثبات النسب، فإذا وجدت منازعة في الإقرار فيصبح الأمر دعوى وتحتاج الدعوى إلى بينة لإثباتها[1].

الإقرار بنسب محمول على الغير.

الإقرار بنسب محمول على الغير هو الإقرار الذي يكون فيه تحمل النسب على غير المقر ابتداء ثم يتعدى إلى نفس المقر، كأن يقر إنسان فيقول : هذا أخي، أو هذا عمي، أو هذا جدي.

شروط الإقرار بنسب محمول على الغير:

شروط الإقرار بنسب محمول على الغير، يصح بالشروط السابقة، ويضاف إلى ذلك شرطان هما :

الشرط الأول : أن يكون الملحق به ميتاً، فلا يلحق بالحي ولو مجنوناً لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجود بقول غيره، إلا أن يكون الميت قد نفاه قبل موته، فلا يلحق به.

الشرط الثاني : أن يكون المقر وارثاً.

ويشترط الشافعية[2] والحنابلة[3] أن يكون المقر الوارث حائزاً جميع تركة الملحق به النسب، لأن النسب لا يَتبعَّض فلا يمكن إثباته في حق المقِّر دون المنكر.

وذهب الحنفية[4] إلى أنه إذا قال شخص : هذا أخي، يشترط أن يصدقه أبوه فيه، أو تقوم البينة على صحة الإقرار، أو بصدقه اثنان من الورثة لأنهما يقومان مقام شاهدين أن كان الغير ميتاً، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لولايته على نفسه دون غيره.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص334؛ ابن قدامة، المغني، ج7، ص317.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص337؛ النووي، روضة الطالبين، ج4، ص66.

(3) ابن قدامة، المغني، ج7، ص314 وما بعدها.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع،ج7، ص229؛ أنظر: الزحيلي، فقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7268.

فإن لم يصدق الغير أو لم يصدقه إثنان من الورثة، أو لم تقم بينة على صحة الإقرار يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزاً فقيراً، وكان المقر موسراً، ويشارك المقر له المقر في حصته التى يرثها من تركه أبيه[1].

وذهب المالكية[2] كالحنفية، قالوا: يأخذ المقر له بالأخوة المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره، فإذا أقر بأخوة آخر، وانكره الولد الآخر، يأخذ المنكر نصيبه كاملاً، ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة، فلو كانت التركة(12)دينار أخذ المقر له على رأي الحنفية(3)دنانير كنصيب المقر، وعلى رأي المالكية أخذ دينارين ويكون للمنكر(6)، وللمقر(4) لأن التركة توزع على ثلاثة، ففي حال عدم وجود المقر له يكون للمقر (6)، وفي حال وجوده يكون له(4) فما نقص من نصيب وهو(2) يأخده المقر له[3].

والشرط هذا على صورتين :

أ- **أن يكون الوارث واحداً :**

عند الحنفية[4] والمالكية[5] قالوا : لا يصح إقراره فلا يثبت النسب في إقراره، لأن الإقرار بالنسب عندهم من باب الشهادة ولا يثبت إلا بشهادة عدلين.

وعند الشافعية[6] والحنابلة[7] وأبي يوسف من الحنفية[8]، يصح الإقرار إن كون كون الوارث واحداً ،لأن النسب يثبت بالإقرار، فلم يطلب فيه العدد كالدَيْن، ولا يصح قياسه على الشهادة.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع،ج7، ص229، أنظر: ابن قدامة، المغني، ج7، ص315.

(2) القرافي، الذخيرة، ج9، ص309.

(3) القرافي، الذخيرة، ج9، ص309؛ أنظر: ابن قدامة، المغني، ج7، ص315، الزحيلي، فقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7268-7269.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص229.

(5) القرافي، الذخيرة، ج9، ص311.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص337.

(7) ابن قدامة، المغني، ج7، ص316.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص229.

ب- **أن يكون الورثة غير واحد :**

فقد اتفق الفقهاء[1] على ثبوت النسب إذا صدر الإقرار من الورثة جميعهم، وعن أبي حنيفة ومحمد أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك: لا يثبت النسب إلا بإقرار إثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة[2].

موقف القانون الإسلامي التالندي :

لم يذكر القانون الإسلامي التايلندي في هذا الموضوع لكن جاء في "معجم تايلندي–تايلندي" على أنه يثبت نسب الولد إذا أقر الرجل به، بقوله: "ويثبت النسب بعقد قانوني أو أن يقر الرجل ببنوته..."[3].

3.3.4 ثبوت النسب بالبينة.

1.3.3.4 مفهوم البينة لغة واصطلاحاً :

البينة في اللغة : مأخوذة من البيان وهو الوضوح والحجة والبرهان، بان بياناً اتضح فهو بيّن، فهي الإيضاح، وتبين الشيء اتضح وظهر[4].

والبينة في الاصطلاح : "اسم لما يبين الحق ويظهره"، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة ثلاثة، بالنص في بينة المفلس، وتارة تكون شاهدين، وشاهداً واحداً وامرأة واحدة ونكولاً، ويميناً، أو خمسين يميناً، أو أربعة أيمان. وتكون شاهد الحال في صور كثير، فقوله صلى الله عليه وسلم:**((البيّنة على المدّعي))**[5]أي عليه أن يظهر ما يبيّن يبيّن

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص230؛ القرافي، الذخيرة، ج9، ص309؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص337؛ ابن قدامة، المغني، ج7، ص316،

(2) أنظر: ابن قدامة، المغني، ج7، ص317.

(3) معجم تايلندي– تايلندي، اصدار مجمع اللغة التايلندية، ص61.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص305؛ الفيروزابادي، القاموس المحيط، ج4، ص202.

(5) حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **((لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر))**، أنظر: البيهقي، سنن الكبرى، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على

صحّة دعواه"[1].

وقال الزحيلي[2] :"أن البينة معناه الشهادة والشهود، لأن يتبين الحق بهم، أو لأن الأغلب في البينات الشهادة لوقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الإشكال بشهادتهم،"[3].

أما في القانون الإسلامي التايلندي لم يتعرض لهذا التعريف البينة لكن جاء في "معجم تايلندي–تايلندي"على أن "البينة(Evidence): معناها الشهود أو وثائق أو المواد لتأكيد أو التحقق من الوقائع"[4].

وعليه فإن التعريف في المعجم التايلندي لا يختلف عن المنعى الاصطلاحي.

2.3.3.4 حكم ثبوت النسب بالبينة :

تعد الشهادة إحدى وسائل الاثبات، ذلك أنها تخبر بحق للغير، ولذا إن ثبتت لدى القاضي وانتفت موانعها فإنه ملزم بالقبول بمضمونها ومع اتفاق العلماء على هذا، إلا أنهم اختلفوا في نصاب الشهادة لاثبات النسب على أقوال، هي :

القول الأول : ذهب الجمهور من المالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7]إلى أن نصاب البينة أن يكون رجلين عدلين فلا يقبل البينة من شهادة النساء، ولا رجل

المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 21201، ج10، ص427، تحقيق الألباني وقال : صحيح، أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج8، ص307.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج1، ص234.

(2) الزحيلي هو محمد مصطفى، وولد بدمشق–سوريا سنة 1941م، هو دكتوراه في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، وكان عضو المجلس العلمي الاستشاري بجامعة الكويت، وخبير في مجمع الفقه الإسلامية الدولي–جدة، وعضو في الاتحات العالمي لعلماء المسلمين، أنظر: http://shamela.ws/index.php/author/1353

(3) الزحيلي، محمد مصطفى، وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق–بيروت، 1402هـ–1982م، ص25.

(4) أنظر: موقع إلكترونية باللغة التايلندية : /http://rirs3.royin.go.th

(5) مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص94.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص589.

(7) ابن قدامة، المغني، ج14، ص127.

وامرأتين، لأن النسب فرع من النكاح، والنكاح مما لا يطلع عليه في الغالب إلا الرجال.

واستدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((**لا نكاحَ إلا بولي وشاهِدَي عدل**))[1]، ووجه الدلالة : وأن النسب ليس بمال، ولا يقصد به المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص.

القول الثاني : البينة الكاملة هي عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدلين، وهذا عند الحنفية[2]،

وحجتهم بعموم النص من قوله تعالى : ﴿**فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾[3]، ووجه الدلالة : أن الله تعالى أجاز قبول الشهادة النساء بوجه عام مع الرجال دون تفريق بين حق وحق، فكان الأمر على إطلاقه، فتجوز شهادة النساء مع الرجال في إثبات النسب عملاً بذلك العموم.

القول الثالث : ذهب الظاهرية إلى أن نصاب البينة في النسب هو رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان، أو أربع نسوة، أو رجل وامرأتان مع يمين المدعي[4].

وحجتهم بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((**فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل**))[5].

القول الراجح :

والذي أراه أن القول الثاني هو أرجح الأقوال، وذلك لقبول شهادة النساء في النسب وفي سائر الحقوق لعدم قيام التخصيص فيها[6]–والله أعلم.

---

(1) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم: 2085، ص361، تحقيق الألباني وقال : صحيح؛ أنظر: الألباني، إرواء الغليل، ج6، ص251.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص279–280؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج11، ص96–97.

(3) سورة البقرة ، الآية :282.

(4) ابن حزم، المحلّى، ج9، ص396.

(5) مسلم، صحيح مسلم، في كتاب الإيمان، باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النعمة والحقوق، حديث رقم: 132، ص51.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص280.

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

قد جاءت المادة (15) من القانون الإسلامي التايلندي : "وفي غير حالة الإقرار، وغير حالات المواد11، 12، 13، 14، 112، 118، 160، 161[1]، أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين أو شهادة رجل واليمين فيعتبر شهادة كاملة...".

ومن المادة يفهم أن نصاب الشهادة في دعوى النسب عند القانون الاسلامي التايلندي هي بشهادة رجلين أو رجل وامراتين أو شهادة رجل ويمين المدعي.

ويلاحظ أن القانون الإسلامي التايلندي يوافق مع الظاهرية أن نصاب الشهادة في إثبات النسب شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة، أو رجل مع يمين المدعي.

---

(1) غير الحالات المواد :-

المادة(11)= فراق باللعان.

المادة(12)= (أ)-أسباب فسخ النكاح بما توافق المادة (13)الفقرة(2)=أي اختلال في عضوء التناسلي للمرأة أو عظم ذكر رجل.

(ب)-الموت أو المفقود.

(ج)-الوكالة.

(د)-الوصية.

المادة(13)= (أ) - البكارة.

(ب)- اختلال في عضوء التناسلي للمرأة أو عظم ذكر رجل.

(ج)- التمكين من الدخول.

(د)- الرضاعة.

المادة(14)= في الحالة الطلاق.

المادة(112)= في الحالة اختلال في عضوء التناسلي للمرأة.

المادة(113)= في الحالة اختلال في عضوء التناسلي للرجل.

المادة(118)= الحكم بما يتعلق باللعان.

المادة(160)= الحكم بما يتعلق بالولادة، أوالحيض.

المادة(161)= بما يتعلق بالعدة المرأة.

4.3.4 ثبوت النسب بالقيافة.

1.4.3.4 مفهوم القيافة :

القيافة لغةً واصطلاحاً :

القيافة لغةً : تتبع الآثار لمعرفة أصحابها، والقائف من يتبع الأثر ويعرف صاحبه، جمعه قافة[1].

القائف اصطلاحاً : "من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه"[2].

2.4.3.4 حكم ثبوت النسب بالقيافة :

القيافة عند القائلين بالحكم بها في إثبات النسب، إنما تستعمل عند عدم الفراش، والبينة، وحال الاشتباه في نسب المولود والتنازع عليه، فيعرض على القافة، فمن الحقته به القافة من المتنازعين نسبه؛ ألحق به[3].

اختلف الفقهاء في حكم إثبات النسب بالقيافة على القولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] والظاهرية[7] إلى أن اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع.

واستدلوا :

أ –ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال : **((ألم تري أن مجزراً نظر آنفاً**

---

(1) الفيروزابادي، القاموس المحيط، ج3، ص182.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص646.

(3) السبيل، عمر بن محمد، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، رابطة العالم الإسلامي المجمج الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، مجلة المجمج الفقهي الإسلامي، العدد15، 1423هـ–2002م، ص45.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد، ج4، ص2086.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص646.

(6) ابن قدامة، المغني، ج8، ص371.

(7) ابن حزم، المحلى، ج10، ص148.

إلـى زيـد بـن حارثـة وأسـامة بـن زيـد، فقـال إن بعـض هـذه الأقـدام لمـن بعض))[1].

ووجـه الدلالـة : هذا الحديث الشريف دل على إثبات النسب بالقيافة ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم فرح لكونه وجد في أمته من يميز عند اشتباه الانساب، ولو كانت القيافة باطلة لم يحصل بذلك السرور[2].

ب- ما روي أن عمر بن الخطاب كان يُليط[3] أولاد الجاهلِية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدّعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفًا فنظر إليهما فقال : القائف لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بن الخطاب بالدِّرَّة، ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتيني. وهي في إبل لأهلها فلا يُفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء، ثم خلف عليها هذا - تعني الآخر، فلا أدرى مِنْ أيِّهِما هو قال: فكبَّر القائف فقال عمر للغلام : وال أَيّهما شئت[4]، قالوا قضاء عمر بن الخطاب كان بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو فيكون كالإجماع، فدل هذا على جواز العمل به[5].

القول الثاني : ذهب الحنفية[6] إلى أنه لا يحكم بالقيافة في إثبات النسب.

---

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، حديث رقم :6770، ص1291؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، حديث رقم:1459، ص667.

(2) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، ص41.

(3) يليط : يلصق ويلحق، أنظر: مالك، الموطأ، ج2، ص1072.

(4) مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء بالحاق الولد بأبيه، الرقم الحديث :2738، ج2، ص1072؛ قال البيهقي : "وهذا الرواية شاهدة لما قبلها، والله أعلم"، أنظر: ابن الملقن، البدر المنير، ج7، ص179؛ وقال ابن قدامة في"المغني" : "أن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة، فلم ينكره منكر فكان إجماعا"، أنظر: المغني، ج8، ص372.

(5) ابن قدامة، المغني، ج8، ص372.

(6) السرخسي، المبسوط، ج17، ص70؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص253.

واستدلوا :

أ- قال تعالي : ﴿**وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ**﴾[1].

ووجـه الدلالـة : هذه الآيـة تنهى المتكلم عن الكلام عن شيء لا علم لـه بـه، والقائف يتكلم بما ليس لـه بـه علم، لأن كلامـه يعتمد على الظن والحس، فهو منهي عنه، وبالتالي لا يكون كلامه حجة[2].

ب- عن أبي هريرة قال : ((أن عربياً آتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى ولدت غلاماً أسود واني انكرته، فقال لـه رسول الله صلى الله عليه وسلم : **هل لك من إبل؟** قال : نعم، قال: **فما ألوانها؟** قال : حُمْر، قال : **هل فيها من أَوْرَقَ؟** قال : ان فيها أورقا، قال : **فأنى تُرى ذلك جاءها؟** قال : يا رسول الله عرق نزعها، قال : **ولعل هذا عرق نزعه ولم يرخص لـه في الانتفاء منه))**[3].

وجـه الدلالـة : هذا الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكمنه من نفي الغلام ولا جعل للشبه ولا لعدمه أثراً فبين صلى الله عليه وسلم أنه لا عبرة للشبه[4].

الترجيح :

الراجح : أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء على أن حكم بالقيافة واعتبارها وسيلة شرعية في إثبات النسب.

---

(1) سورة الإسراء، الآية :36.

(2) القرطبي، الجامع الأحكام القرآن، ج10، ص 257 وما بعدها.

(3) البخاري، صحيح البخاري، الكتاب الاعتصام، باب من شبه أصلا معلوما بأصل مبين قد بين الله حكمها ليفهم السائل، حديث رقم:7314، ص1395؛ وأخرجه مسلم في صحححه، ما روي عن أبي هريرة قال : ((جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن امرأتى ولدت غلاماً أسود، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: **هل لك من إبل؟** قال : نعم، قال: **فما ألوانها؟** قال : حُمْر، قال : **هل فيها من أَوْرَقَ؟** قال : ان فيها لورقا، قال : **فأنى أتاها ذلك؟** قال : عسى أن يكون نزعه عِرْق، قال : **وهذا عسى أن يكون نزعهُ عِرْق))**، كتاب اللعان، حديث رقم : 1500، ص699.

(4) السرخسي، المبسوط، ج17، ص70.

حيث ناقش الجمهور رأي الحنفية من الآية الكريمة، بأن حكم القافة ليس ظناً ولكنه علم صحيح يمكن أن يتلقاه ويتعمله من يطلبه، ولو كان مبنياً على الظن الذي ليس له أساس إلا الهوى لما عمل به الرسول صلى الله عليه وسلم، فدل ذلك أن حكم القافة علم وليس بظن[1].

ويناقش الاستدلال الحديث الشريف من قوله صلى الله عليه وسلم ((**لعله نزعه عرق**)) يدل على أن الشبه لا على نفيه وأن القيافة ليست باللون فقط بل في أمور معينة ولأن القياس وأصول الشريعة تشهد بالقول بالقيافة[2].

3.4.3.4 شروط القائف :

وقد اشترط الجمهور لاعتبار قول القائف، والحكم به في إثبات النسب عدة شروط وهي[3] :

1- الإسلام : أن يكون القائف مسلماً، فلا يقبل من كافر.
2- العدالة : أن يكون القائف عادلاً، فلا يجوز أن يكون القائف فاسقاً.
3- الذكورة : أن يكون القائف ذكراً، يشترط به وهو شرط عند جمهور الشافعية والحنابلة، لأن القائف كالقاضي، والقاضي من شروطه الذكورة، وقال بعض الشافعية لا يشترط الذكورة قياس على المفتي[4]
4- الحرية : لا يجوز أن يكون القائف عبداً.
5- التعدد : وهو شرط على بعض الأقوال عند الشافعية لكن الراجح يكتفي بقول قائف واحد قياساً على عمل القاضي إذ يكفي في حكمه منه وحده دون وجود قاضٍ آخر معه، فكذلك هنا[5]
6- الشهرة بالإصابة : أن يكون القائف مشهوراً بالإصابة.

---

(1) القرطبي، الجامع الأحكام القرآن، ج10، ص 258.

(2) ابن حزم، المحلى، ج10، ص15.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص646 وما بعدها؛ ابن قدامة، المغني، ج8، ص375.

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص648؛ ابن قدامة، المغني، ج8، ص375.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص648.

وقد اشترط بعض الفقهاء شروطاً أخرى كأهلية الشهادة، وأن يكون القائف بصيراً ولا يقبل من أعمى ولا أخرس، وأن يكون بالغاً عاقلاً، ولا يكون عدواً لأحدهما، ولا يكون القائف مُدْلجياً أي من بني مدلخ، وشروط أخرى مختلف فيها لكن أصوبها ما حصرته[1].

موقف القانون الإسلامي التايلندي :

أما موقف القانون الإسلامي التايلندي فإنه لم يتعرض لهذا الموضوع، وبناء على هذا فإن القانون الإسلامي التايلندي أخذ برأي الحنفية الذي لم يعتبر بالقيافة في إثبات النسب.

5.3.4 وسائل إثبات النسب الحديثة وموقف الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي التايلندي منها.

1.5.3.4 إثبات النسب بالبصمة الوراثية :

تُعدَّ البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر، ولها تأثير خطير على جوانب اجتماعية واقتصادية وقانونية عديدة، وقد تنازع فقهاء العصر في المجالات التي يستفاد منها، ولذا كانت من الأمور المهمة للقضاة ولا بد من معرفة حقيقة البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات الأنساب، وبناء على هذا فإن البحث يكون على النحو الآتي:

1.1.5.3.4 مفهوم البصمة الوراثية وماهيتها :

مفهوم البصمة الوراثية لغة واصطلاحاً :

البصمة الوراثية لغة :

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين : " البصمة" و"الوراثية".

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج8، ص375 ومابعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص646 وما بعدها؛

فالبصمة لغةً : هي لفظ عامي يعني العلامة وهي مشتّقة من البُصم وهو ما بين طرف الخِنْصِرِ إلى طرف البِنْصِرِ، يقال ما فارقتك شبراً، ولا فتراً، ولا عتباً، ولا رتباً، ولا بُصماً، ورجل ذو بصم أي غليظ البصم[1].

والبصمة أثر الختم بالأصبع[2].

والوراثة لغةً : مصدر وَرِث أو أَوْرَث ويقال : وَرِث فلان المال ومنه وعنه وِرْثاً وإرثاً أي صار إليه بعد موته، في الحديث قال صلى الله عليه وسلم:**((لا يرث المسلم الكافر))**[3]، وأورث فلاناً : أي جعله من ورثته، والورث والورثة والتراث : مصادر ما يخلفه الميت لورثته، والميراث جمعها مواريث، وهو تركة الميت[4].

والوراثية نسبة إلى علم الوراثة : هو علم يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الإنتقال[5].

البصمة الوراثية إصطلاحاً :

أما التعريف اصطلاحي للبصمة الوراثية، فقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتباره من المصطلحات العلمية الحديثة وقد اختلفوا في هذه التعريفات على النحو الآتي :

عرف بعض الفقهاء البصمة الوراثية بأنها : "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع"[6].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص295؛ الفيروزابادي، القاموس المحيط، ج4، ص79.

(2) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425هـ-2004م، ص60.

(3) البخاري، الصحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث رقم:6764، ص1290؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، حديث رقم: 1614، ص757.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص4808؛ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوجيز، ط.1، الدار السندسية، مصر، 1400هـ-1980م، ص664.

(5) مجمع اللغة العربية القاهرة، المعجم الوجيز، ص664.

(6) هلالي، سعد الدين مسعد، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، ط.1، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، الكويت، 1421هـ-2001م، ص25.

أما المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة فقد عرفها بأنها : "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه"[1].

مفهوم البصمة الوراثية قانوناً :

على الرغم من تنصيص بعض التشريعات في الدول الغربية على البصمة الوراثية في قوانينها الداخلية، وإقرار الفعل بها داخل القضاء كدليل نفي وإثبات، إلا أنها لم تعرف البصمة الوراثية تاركة ذلك للفقه القانوني، وبالرجوع إلى الفقه القانوني نجد أنه عرف البصمة الوراثية بأنها : "الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل انسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام"[2]

أما القانون الإسلامي التايلندي والقانون التايلندي فلم يتعرضا لتعريف البصمة الوراثية.

مفهوم البصمة الوراثية في الاصطلاح العلمي وما هيتها :

البصمة الوراثية(Deoxyribonucleic Acid) أو (DNA) : هي "المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"، إنها الشفرة التي تحدد الشكل الذي سيكون عليه كل جسم من أجسامنا، وماذا ستفعل عشرة ترليونات (مليون مليون) من الخلايا المكونة للجسم.

ولما ذكره العالمان : "واطسون" و"جريح" في عام 1953 فإن جزيء الحمض النووي مكون من شريطين يلتفان حول بعضهما البعض على هيئة سلم حلزوني، ويحتوي الجزيء على متتابعات من الفوسفات والسكر، وتكون درجات هذا السلم من ارتباط أربع قواعد كيميائية تحت اسم أدينين(A)Adenine، ثايمين(T)Thymine، ستيوزين(C)Cytosine، وجوانين(G)Guanin ويتكون هذا الجزيء في الإنسان من

---

(1) القرة داغي، علي محيي الدين، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، رابطة العالم المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، مجلة المجمج الفقهي الإسلامي، العدد16، 1424هـ-2003م، ص29.

(2) هذا التعريف في الفقه الفرنسي، أنظر : الرفاعي، عبدالرحمن، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي(دراسة فقهية مقارنة)، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر.

نحو ثلاثة بلايين ونصف بليون قاعدة، كل مجموعة من هذه القواعد تمثل جينًا من المائة ألف جين الموجودة في الإنسان، إذًا فبعملية حسابية بسيطة نجد أن كل مجموعة مكونة من 2.200 قاعدة تحمل جيناً معيناً يمثل سمة مميزة لهذا الشخص، هذه السمة قد تكون لون العين، أو لون الشعر، أو الذكاء، أو الطول، وغيرها[1].

2.1.5.3.4 اكتشاف البصمة الوراثية :

اكتشفت البصمة الوراثية في عام 1984 حيث نشر الدكتور "آليك جيفريز" عالم الوراثة بجامعة "ليستر" بلندن بحثًا أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة، وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات مميِّزة لكل فرد، ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط؛ بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في الترليون، مما يجعل التشابه مستحيلاً؛ لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة، وسجل الدكتور "آليك" براءة اكتشافه عام 1985، وأطلق على هذه التتابعات اسم "البصمة الوراثية للإنسان" "The DNA Fingerprint" ، وعرفت على أنها "وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقاطع"(DNA)"، وتسمى في بعض الأحيان الطبعة الوراثية "DNA typing" [2].

3.1.5.3.4 حكم استخدام البصمة الوراثية :

البصمة الوراثية(DNA) حدث جديد واكتشاف حديث، لم يكن له وجود قبل ثلاثين عاماً، وهي تصرف من التصرفات يترتب عليها آثار قد تكون ضارة أو نافعة،

---

(1) إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض-السعودية، 1428هـ- 2007م، ص1، البوادى، حسنين المحمدى، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، د.ط، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 2005م، ص56 وما بعدها؛ الحلي، أحمد بن محمد بن إدريس، التقرير الفقهي، مركز ابن إدريس الحلى للدراسات الفقهية، 2007هـ-1438م، العدد1، ص6 وما بعدها.

(2) http://wahat.sahara.com/showthread.php?t=26919؛ هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، ص27 وما بعدها، البوادى، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، ص56 وما بعدها؛ الحلي، التقرير الفقهي، ص5-6.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم كل تصرف ضار يلحق أذى بإحدى الكليات الخمس : الدين والنفس والعقل والعرض والمال، إلا أن يكون مُرخّصاً بنص، استدلالاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : **((لا ضرر ولا ضرار))**[1]، ودل الحديث على تحريم الضر، وتحريم الضر معلوم عقلاً وشرعاً إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التى تربو على المفسدة[2].

وعلى ذلك البصمة الوراثية هي التصرفات المستحدثة النافعة، والتي لم يرد عن الشارع فيها حكم، فقد اختلف الفقهاء في حكم الأصل فيها على قولين :

القول الأول : أن الأصل في البصمة الوراثية الإباحة في تلك الأشياء النافعة التى لم يرد عن الشارع فيها حكم، وهو ما ذهب عليه جمهور أهل العلم وبعض الأصوليين[3].

وهذا القول يقوم على مبدأ سلطان الإرادة في الإسلام. إذ يحق لكل إنسان أن يبرم ما يراه من عقود، وينشئ ما يراه من تصرفات، ويضع ما يراه من شروط، ويخترع ما يريد دون التقيد بأية شكليات، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وأبطاله نصاً أو قياساً[4].

---

(1) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم:2340، ص400، تحقيق الألباني وقال : الصحيح، أنظر : الألباني، إرواء الغليل، ج3، ص408.

(2) الصنعاني، سبل السلام، ج.5، ص218.

(3) السيوطي، جلال الدين بن عبدالرحن(ت.911هـ)، الأشباه والنظائر، ط.2، مكتبة نزار مصطفى البار، مكة المكرمة، 1418هـ-1997م، ج2، ص102؛ الخضري، محمد، أصول الفقه، ط.6، المكتبة التجارية الكبرى، المصر، 1389هـ-1969م، ص354؛ ابن رجب، زين الدين أبو الفرح عبد الرحمن بن شهاب الدين(ت.795هـ)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، ط.1، دار ابن كثير، دمشق- بيروت، 1429هـ-2008م، ص630 وما بعدها.

(4) الخضري، أصول الفقه، ص354؛ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص630

واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول :

أ- **الكتاب :** قوله تعالى : ﴿**وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾(1).

ووجه الدلالة :

تدل الآية أن الله تعالى لا يدخل قوماً في الضلالة والمعصية بعد التوحيد والإسلام حتى يبين لهم المعاصي وموجبات الضلالة، أي لا يكون فيما يدخلون في قبل البيان ضلالة ومعصية فلا يكون حراماً(2).

وجاء في: "تفسير القرآن العظيم" في تفسير هذه الآية : يقول تعالى مخبرا عن نفسه الكريمة وحكمه العادل، إنه لا يضل قوما إلا بعد إبلاغ الرسالة إليهم، حتى يكونوا قد قامت عليهم الحجة، كما قال تعالى : ﴿**وَأَمَّا ثَمُودُ فَهَدَيْنَاهُمْ فَاسْتَحَبُّوا الْعَمَى عَلَى الْهُدَى**﴾(3)(4).

ب- **السنة :** عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((**ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عافية فاقبلوا من الله العافيته فإن الله لم يكن نسيا**))(5).

ووجه الدلالة : يتوضح من الحديث دل على أن الأصل في العادات الإباحة فلا يحرم منها إلا ما ورد تحريمه وأن الأصل في العبادات أنه لا يشرع منها إلا ما شرعه الله(6).

---

(1) سورة التوبة، الآية :115.

(2) الخضري، أصول الفقه، ص355.

(3) سورة فصلت، الآية :17.

(4) ابن الكثير، تفسير القرآن العظيم، ج12، ص825.

(5) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب، حديث رقم: 19724، ج11، ص21؛ الحالم، المستدرك على الصحيحين، كتاب التفسير، باب تفسير سورة مريم، حديث رقم : 3478، حققه الحاكم وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(6) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج2، ص102.

ج- **المعقول** : أن الأصل في البصمة الوراثية الإباحة وهي مستحدثة لم يرد في شأنها نهى خاص، وكان مما يشتمل على مصالح للناس، وأن البصمة الوراثية تعتبر في حكم المنصوص على طلبها في قوله تعالى : ﴿**وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلا تُبْصِرُونَ**﴾[1].

القول الثاني : أن الأصل في البصمة الوراثية هو الحظر والمنع في كل تصرف مستحدث حتى يقوم الدليل على مشروعيته، وهذا القول قائم على أن الإرادة ليس لها سلطان في إنشاء أو ابرام ما تشتهي وما تريد، وهو ما ذهب إليه الظاهرية[2].

واستدلوا بالكتاب والسنة :

أ- الكتاب : قوله تعالى : ﴿**تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾[3].

ووجه الدلالة : من الآية دلت على أن الله تعالى منع من جواز إضافة ما لم يرد من الشرائع التى شرعه في حدوده ولا تتجاوزوه، ومن يفعل كان من الظالمين[4].

ب- **السنة** : عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد))**[5].

ووجه الدلالة : من هذا الحديث واضح في بطلان كل إضافة على شرع الله المحكم.

مناقشة أدلة المانعين :

1- أن الاستدلال بالآية الكريمة: ﴿**تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ**

---

(1) سورة الذاريات، الآية :21.

(2) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص12.

(3) سورة البقرة، الآية :229.

(4) ابن الكثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، ص240.

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم:2697، ص514.

فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ لا يسلم لأن الآية وردت بشأن علائق خاصة بالأسرة، ومنع من ظلم الأزواج للزوجات حذرت الآية من تجاوز تلك الحدود والأحكام الواردة فليست الآية عامة[1].

2- أما الحديث فليس فيه ما يدل على تحريم استحداث تصرفات أو وقائع على سبيل الإطلاق، إنما هو في التصرفات التى تخالف صراحة ما ورد في كتاب الله تعالى والسنة النبوية، وأما المستحدثات من الوقائع والتصرفات التى لا تعارض نصاً أو قاعدة شرعية فلا يقال ببطلانها[2].

القول الراجح :

بعد عرض أدلة الفريقين أرجح قول جمهور أهل العلم في الإباحة بالعمل بالبصمة الوراثية، لأن البصمة الوراثية تدخل في قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة"[3] وليس التحريم، حيث لا يوجد نص عام أو خاص يمنع ذلك طالما أن الغاية من العمل بالبصمة الوراثية يمكن أن تؤدي إلى اثبات أمر يحقق مصلحة شرعية.

4.1.5.3.4 التكييف الفقهي للبصمة الوراثية :

قد عرفنا أن البصمة الوراثية من الأمور المباحة وبالتالي فإنه لا مانع من الأخذ بها فهي قرينة قطعية يثبت بها النسب أو أنها قرينة ظنية لا يثبت بها النسب؟ وبناء على ذلك اختلفت آراء الفقهاء المعاصرين إلى قولين :

القول الأول : يرى أن البصمة الوراثية قرينة قطعية[4].

---

(1) ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ص626.

(2) هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، ص101.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج2، ص102.

(4) أنظر: واصل، نصر فريد، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد17، ص65؛ القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص55، هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص272–273؛ الفلاحي، هاشم محمد علي، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، د.ط، وزارة العدل المعهد العالي للقضاء الإدارة العامة للبحوث، الجمهورية اليمنية، 1431هـ–2010م، ص22.

أدلتهم :

أ- قال تعالى : ﴿**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾[1].

وجه الدلالة : أمر الله تعالى بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي فهو الصواب والحقيقة، فإن لم يعلم الأب الحقيقي فأمر الله بالبحث والتحري عن الأب الحقيقي[2]، والبحث يكون بمختلف الوسائل والقرائن وقد كشف الله سر الوسيلة "البصمة الوراثية" التى يمكن من خلالها لنا نحن البشر التعرف على الأب الحقيقي[3].

ب-من المعقول، وهو أن البصمة الوراثية ذات دلالة علمية قطعية يقينية لإثبات النسب وأن هذه التطورات التقنية الحديثة في مجال الفحوص المخبرية تقطع الشك باليقين في كثير من الحالات والخطأ فيها أصبح مستحيلاً وتصل نسبة النجاح فيها نسبة 100%، بدليل أن المحاكم الأوروبية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما هي قرينة إثبات، فما المانع من الأخذ بها خاصة وأن فيها مزيداً من الضمانات للمتهمين وتقليل السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي[4]

القول الثاني : يرى أن البصمة الوراثية قرينة ظنية لا ترقى للقرائن القطعية[5].

حجتهم : قالوا أن رفض تحليل(DNA) في قضايا النسب يأتي من أن القائمين على التحاليل لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين ، كما أن النتائج عرضه للخطأ فلا ترقى

---

(1) سورة الاحزاب، الآية :5.

(2) القرطبي، الجامع للأحكام القرآن، ج14، ص 119.

(3) الكعبي، خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية-مصر، 2004م، ص201؛ المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة (رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه)، ص306.

(4) هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص273؛ تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد16، ص292.

(5) أنظر: السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، ص55؛ الفلاحي، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، ص22.

إلى درجة اثبات النسب بها.

ويمكن الرد على ذلك : أنه لا يوجد نص في القرآن والحديث يمنع أو يحرم استخدام هذه الطرق التى أصبحت يقينية من حيث نتائجها وصارت أدلة معترفاً بها عالمياً فهي تتشابه مع أساليب القيافة التى اعتمدها الإسلام وأقر العمل بها الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده(1).

القول الراجح :

بعد النظر في أدلة الفريقين أرى أن البصمة الوراثية هي قرينة قطعية، ذلك أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية، وإن الخطأ فيها ليس منشؤه طبيعة البصمة إنما الخطأ في العوامل البشرية.

5.1.5.3.4 حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب :

لا خلاف بين الفقهاء في أن النسب الشرعي يثبت بالفراش الحقيقي سواء كان الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة(2)، وهو الجماع الذي يكون منه الولد، بشرط أن يكون عن طريق مشروع بالنكاح وشبهته، كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم :((**الولد للفراش وللعاهر الحجر**))(3)، أي أن الولد منسوب إلى صاحب الفراش سواء كان زوجاً أو واطئ شبهة وأما للزاني ليس له نسبه.

وكذلك اتفق الفقهاء على أن البينة والإقرار أدلة في إثبات النسب، وأما القيافة فمختلف فيها، واليوم ظهر دليل جديد وهو البصمة الوراثية(DNA)، ظهر أن نتائج البصمة الوراثية(DNA) تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، وفي إسناد العينة (من الدم أو المني أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها،

---

(1) الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ص200.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص214؛ ومابعدها؛ السرخسي، المبسوط، ج17، ص155؛ النووي، الروضة الطالبين، ج5، ص452؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص41؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص535؛

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حديث رقم : 2750، ص1288؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم: 1458، ص66.

فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردًا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك[1].

وأما موقف البصمة الوراثية حول حجية الأدلة الشرعية في إثبات النسب، قد ذكر بعض العلماء المعاصرين في تحديد منزلتها لطريق إثبات النسب، وبناء على هذا سأذكر بعض أقوال العلماء المعاصرين وموقفهم من البصمة الوراثية في إثبات النسب.

قال الدكتور نصر فريد واصل: "وعلى ذلك فإن أدلة ثبوت النسب من الفراش الذي هو قيام حالة الزوجية والبينة أو الشهادة والإقرار إذا وجدت كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية أما إذا حدث تعارض وتنازع بين الأدلة المتساوية فإنه يحتكم إلى البصمة الوراثية في هذا العصر حيث أنها حلت محل القيافة"[2].

يقول الكعبي : "أن البصمة الوراثية تقدم على القافة في إثبات النسب وذلك لقوة دلالتها العلمية غير المبنية على التخمين وطريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ وهذا بإجماع فقهاء العصر ولا مخالفة لهم في ذلك"[3]

وحول إمكانية العمل بالبصمة الوراثية في إثبات نسب المجهول كالأطفال الذين يختلطون في المستشفيات عند الولادة، ولا يمكن التفريق بينهم، فقد قال وهبة الزحيلي : "إنه يجوز العمل بالبصمة الوراثية لإثبات نسب المجهول بالضوابط الشرعية المقررة لقرينة القيافة"[4]، وبهذا تسهم البصمة الوراثية في حل مشكلة اجتماعية خطيرة هي مشكلة مجهول النسب[5].

ويجوز العمل بالبصمة الوراثية في مجال إثبات البنوة، كما اختلط المولود بغيره وتنازع الآباء في الأطفال المختلطين، وهذا الافتراض قد يحدث كما لو شب حريق في مستشفى للأطفال، واختلط الأولاد ولم يُعرف وأحد منهم لمن ينسب[6].

---

(1) تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، ص292-293.

(2) واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص78.

(3) الكعبي، خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ص174.

(4) الحلي، التقرير الفقهي، ص15.

(5) هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص402.

(6) المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، ص301.

وبناء على ذلك ما تقدم إقول إن البصمة الوراثية تعد دليلاً من أدلة ثبوت النسب، ويقدم عليها الفراش والبينة والإقرار لمصلحة الولد في انتسابه إلى أب، ولكن البصمة الوراثية تقدم على القيافة لقوتها من باب أولى، لأن القيافة علم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة وإن البصمة الوراثية تقوم على معرفة الشبه بين الولد ووالديه حيث ثبت علمياً أن (DNA) متطابق تماماً في كل خلاياً الجسم ودقة نتائجها لدرجة اليقين أو غلبة الظن.

6.1.5.3.4 ضوابط العمل بالبصمة الوراثية :

اشترط الفقهاء المعاصرون والأطباء المختصون في البصمة الوراثية ضوابط وشروطاً عديدة حتى تقبل، والذين رأوا أنها تقاس على القيافة اشترطوا شروط القيافة مع بعض الزيادات، فالضوابط والشروط الواجب توفرها ما يلي:

1- الا تخالف نتائج البصمة الوراثية(DNA) صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة، حتى لا يؤدي ذلك إلى اهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها ومن ثمة لا يجوز إستخدامها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً وزعزعة الثقة بين الزوجين.

2- أن تستعمل البصمة الوراثية في الحالات التى يجوز فيها التأكيد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه كلما دعت الضرورة إلى ذلك وتتمثل هذه الحالات[1] :

أ. حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع علي مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب اشترك في وطء شبهة ونحوه.

ب. حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج. حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جثث لم يتمكن من معرفة هويتها بسبب الحروب أو غيرها.

(1) السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ص62.

3- أن تكون المختبرات المعدة للبصمة الوراثية تابعة للدولة، وإذا لم يتوفر ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، ويشترط على كل حال أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية المعتبرة محلياً وعالمياً في هذا المجال[1].

4- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية، سواء كان من خبراء البصمة الوراثية، أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوافر فيهم أهلية قبول الشهادة، كما في القائف، إضافة إلى معرفته وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر[2].

5- يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحليل البصمة الوراثية ممن يوثق به علماً وخلقاً، أي أن لا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعيين أو حكم عليهم بحكم مخل بالشرف أو بالأمانة[3].

6- أن لا تخالف تحليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والوقع، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه أو لكونه مقطوع الذكر أو الإنثين.

7- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصا على سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

8- عمل تحاليل البصمة الوراثية بعدد أكبر من الطرق وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية لضمان صحة النتائج[4].

2.5.3.4 إثبات النسب بالتحليل الدم.

1.2.5.3.4 تحليل الدم من خلال المفهوم العلمي :

فصائل الدم :

تم إكتشاف هذه الفصائل علي يد العالم النمساوي" لاندستينر" عام 1900م.

---

(1) الفلاحي، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، ص59..

(2) السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والقضايا الجنائية، ص65.

(3) الفلاحي، حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، ص59؛ القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص64.

(4) القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص64.

عندما تبين له من أبحاثه وتجاربه أن الدم يختلف من شخص لآخر من حيث المميزات والصفات، ونتيجة للأبحاث والتجارب التى قام بها وضع الأساس الكيميائ الذي على أساسه صنف الدم البشري إلى أربع فصائل رئيسة يشترك فيها جميع البشر وهي ما يرمز إليه بالأحرف التالية : A,B,AB,O، وهو:

1. وجود مواد مولدة(أنتيجين) Antigens على أسطح كرات الدم الحمراء.
2. وجود أجسام مقابلة للمواد المولدة، وهي (الأجسام المضادة) Antibodies في بلازم الدم[1].

ويتبين من الجدول الآتي هذه الفصائل وما يقابلها من أنتيجينات وأجسام مضادة وتراكيب جينية.

الفصيلة	المادة المولدة (الأنتيجينات)	الأجسام المضادة	التراكيب الجينية
A	A	B	AA(نفي) AO(هجين)
B	B	A	BB(نفي) BO(هجين)
AB	A,B	_ _ _	AB
O	_ _ _	A,B	OO

وبناء على هذا الجدول يتضح أن فصائل الدم إحدى الوسائل العلمية الحديثة الشائع إستعمالها في مجال نفي النسب، وذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تحدد عن طريق تحليل الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم وإما مع الأب،

(1) بدير، فؤاد مرشد داؤود، أحكام النسب في الفقه الإسلامي(رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 1422هـ-2001م، ص129، المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة(دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)، ص278.

وبما أن الأم معروفة دائماً بواقعة الولادة فإذا كانت له خاصية لم تكن موجودة لدي الأم، فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب المفترض فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، وتم على أساسها نفي النسب[1].

ويتضح من الجدوال أن :-

1. الطفل من الفصيلة O وتركيب الجيني هو OO.
2. والأم من الفصيلة A قد يكون تركيبها الجيني AA أو AO.
3. والأب من الفصيلة B قد يكون تركيب الجيني BB أو BO.

وعلى ذلك لابد أن يكون تركيب الأم AO وتركيب الأب BO، لكن هذا لا يثبت البنوة وإنما تحتملها.

وفيما يلي جدول يبين بالتفصيل هذه الاحتمالات على جميع أنواع المجامع الدموية مبيناً فصيلة دم الأبوين والاحتمالات الممكنة لفصيلة دم الولد، والاحتمالات غير الممكنة :-

دم الأبوين	دم الولد(ممكن)	دم الولد(غير ممكن)
O+O	O	A,B,AB
O+A	A,O	B,AB
O+B	O,B	A,AB,O
O+AB	A,B	O,AB
A+A	O,A	B,AB
A+B	O,A,B,AB	–
A+AB	A,B,AB	O
B+BO	O,B	A,AB
B+AB	A,B,AB	O
AB+AB	A,B,AB	O

(1) بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، ص129، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، من موقع:- http://sonofalgeria.blogspot.com/2011/07/blog-post_9064.html

وحسب هذا الجدول

إذا كان دم الأم فصيلة O وكان دم الولد O فلا بد أن يكون دم الأب A أو B أو O.

فإذا نسبته إلى شخص وبتحليل دمه ظهر أنه من فصيلة AB فيكون أدعاؤها باطلاً إذ في حالة كون دم الأب AB والأم دمها O لابد أن يكون دم الولد A أو B ولا يكمن أن يكون O أو AB.

وبناء على هذا إذا أدعى رجل وامرأة فصيلة دم كل منهما O وهما زوجان ولداً دمه AB أو A أو B فنقطع هنا بكذب دعواهما لأنه لا بد أن يكون جميع الأولاد من فصيلة دم O[1].

2.2.5.3.4 حكم الشرع في استخدام تحليل الدم لإثبات النسب :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة، ويمكن القول أن الأصل في البصمة الوراثية الإباحة وهي مستحدثة لم يرد في شأنها نهى خاصة، وكان مما يشتمل على مصالح للناس، وكذلك أيضاً تحليل فصائل الدم هو من الأشياء المستحدثة النافعة التى لم يرد عن الشارع فيها حكم، ولم ترد في شأنها نهي، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمها وإبطالها نصاً صحيحاً[2]، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو حل حراماً))**[3].

---

(1) عزايرة، عدنان حسن، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ص198.

(2) الخضري، أصول الفقه، ص354؛ ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ص630.

(3) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم:1352 ص318؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، حديث رقم:2354، ص402، تحقيق الألباني وقال : الصحيح؛ أنظر : الألباني، ارواء الغليل، ج5، ص142.

يمكن القول بتحليل فصائل الدم بجواز العمل قياساً على العمل بالقافة، بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليَّ مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال : **((ألم تري أن مجزراً نظرا آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة ابن زيد، فقال إن بعض هذه الأقدام من بعض))**[1]، ووجه الدلالة إن سرور رسول الله عليه السلام دال عليَّ إقراره بالقيافة، وما كان بذلك اليوم تحليل الدم ولكن القيافة خبرة، فيقاس عليها تحليل الدم وهو بخبرة طبية يقينية.

وبما أن الاسلام يخص على الأخذ بما توصل إليه العلم وثبت ثبوتاً قاطعاً وبيني عليه أحكامه، وهو متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، وقد تمس الحاجة إلى تحليل الدم في حال اختلاط الأطفال في المستشفيات وليس هناك من دليل يبين نسبة هؤلاء الأطفال لذويهم، فعندئذ يكون نتائج تحليل الدم وسيلة لاثبات النسب ويكون حجة كون القرينة تكون موافقة لروح الشريعة ومقاصدها في اتصال الإنساب[2],في حال حوادث خطف الأطفال وأدعاء الخاطفين أن هذا الولد لهما ثم يتبين معنا بالتحليل أن دم الطفل المدعى لا ينتح من اجتماع هذين الدمين للرجل والمرأة فإنه بناء على هذه القرينة ترد دعوى هذين الزوجين.

وأرى جواز الأخذ بنتائج تحليل الدم واعتباره حجة عند وجود ضرورة كما في حال خطف الأطفال أو حال اختلاط الأطفال في المستشفيات عند الولادة أو غير ذلك، ولا يعمل تحليل الدم إلا عند عدم وجود الفراش أو البينة أو الإقرار، وعند التعارض بين الفراش والبينة والإقرار فتقدم على نتائج تحليل الدم، لأن الفراش والبينة والإقرار كلها أدلة تثبت شرعاً، وكذلك البصمة الوراثية تقدم على تحليل الدم لأن البصمة الوراثية نتائجها على درجة اليقين بنسبة 99.99%، وطريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ– والله أعلم.

---

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، حديث رقم:6770؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، حديث رقم:1459، ص667.

(2) عزايرة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، ص199 وما بعدها؛ بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، ص128.

3.5.3.4 وسائل إثبات النسب الحديثة في القانون الإسلامي التايلندي :

أما القانون الإسلامي التايلندي لم يتعرض لحكم استخدام الوسائل الحديثة في إثبات النسب البصمة الوراثية أو تحليل فصائل الدم، ولا تتعرض لدي المحاكم في المجال التي يستفاد منها ولا تعتبر فيها حجيتها في إثبات النسب، وأما القانون التايلندي قد تعرض للوسائل الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات لدى المحكمة، وعلى سبيل المثال :-

أن حكم في قضية رجل اغتصب بنته البالغة عمرها 19 سنة، والحكم بالسجن في سجن محافظة نونتابوري(Nuntaburi) 16 سنوات وبعد بقائه في السجن 3 سنوات طلب العفو لدع المحكمة وادعى أن البنت زوجته- أي زوج ثاني- وأقرت بذلك زوجته، ولم تقبل المحكمة التمييز ونقض حكم السابق لأنه ليس له بينة، وفي عصر انتشار الإثبات بالبصمة الوراثية، فيتعين الرجل بالبصمة الوراثية، فوجد أن ليس بينهما علاقة ارتباط دعوي فطلب لدى المحكمة بالحكم ببينة البصمة الوراثية،

وإن كان لم يوجد نص في القانون التايلندي في إثبات بالبصمة الوراثية، أتت رسائل للمؤلف من قبل محاكم ومؤسسات حكومية مثل مجلس بلدي أو دائرة الحدود أو السفارات إلخ طلب الاستعانة في إثبات بطريقة علمية (البصمة الوراثية) في قضايا عديدة، وإن كان هناك دول متقدمة سبقت بالأخذ بالإثبات بالبصمة الوراثية في إثبات الجرائم أو القضيات[1].

وكذلك في تعديلات لقانون أصول المحاكمات المدنية العدد23 سنة2550 يوذية(2008م)، جرت مناقشات في مجلس النواب حول إعتبار الأدلة العلمية في الإثبات القضائي، خاصة في قضايا إثبات النسب، ففي الماضي إذا كان لم يرض أحد طرفي الخصومة بالاستعانة بها فلا يملك القاضي الإجبار على ذلك، وإنما له الاكتشاف بطرق الإثبات المتبعة القديمة، وهذا يتطلب الى بذل وقت ومال كثيرين حتى ظهور الحقيقة، ولا سيما أن تلك الأدلة قد يتطرق اليها احتمالات كثيرة، وبعد انتهاء المناقشة تم إقرار التعديلات للقانون نفسه(قانون أصول المحاكمات المدنية)،

---

(1) Peechai Bunsan and Achalee Tasnajon(2008), **DNA Fingerpriting**, Nation Science and Technolog Deevelopment Agency, Patumtani – Thailand, p85.

ففي المادة 128(1) ما نصه : ((في قضية إذا تحتاج بالأدلة العلمية الحديثة للإثبات، أو إذا كان يطالبه الخصوم، فيجوز للقاضي أن يستخدام بها.))[1].

---

(1) http://www.peesirilaw.com/

الخاتمة :

يجدر بنا بعد الانتهاء من دراسة الأحكام الخاصة بالحضانة وإثبات النسب عرض أهم النتائج التى تم التوصل إليها.

1- أن الحضانة واجبة لأن الصغير قد يهلك أو يتضرر بتركه بدون حاضن، ولذا اشتراط في الحاضن الشروط الضرورية للمحافظة على نفس المحضون وسلامة دينه وجسده، ولذا لابد أن يكون الحاضن مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً جسدياً على رعاية المحضون.

2- إن إثبات النسب هو أمر ضروري، حيث يعد من الأمور التي تحفظ النسب وهو ضروري، لذا فإن الاسلام راعى في إثبات النسب ثبوت الزوجية بالعقد الصحيح أو بالدخول في العقد الفاسد أو الوطء بشبهة.

3- يجوز العمل بوسائل الحديثة في ثبوت النسب بشروط وضوابط معينة، نظراً لأهمية النسب فإن ثبوته بالوسائل الحديثة يعد جائزاً لما لهذا من حماية للنسب وإظهار أهميته في المجتمع، ويلجأ إليها عند جهالة نسب الانسان أو اختلاط الأولاد كما في الولادات المتعددة في المستشفيات نتيجة خطأ الممرضات من الاحتياط في أمر بيان أمهات المواليد بعد الولادة.

4- لا بد من مراعاة الضوابط الشرعية عند اللجوء للوسائل الحديثة لاثبات النسب، ومنها أن يكون القائمون على المختبرات ممن يتحلون لضبطات الأمانة والأهلية العلمية.

التوصيات :

أهم التوصيات التى توصلت إليها :

1- أن تقوم المؤسسات الدينية والمجالس الإسلامية بتوعية المسلمين للاهتمام بايجاد أسرة اسلامية، وتنظيم الدورات لتنمية الثقافة الإسلامية الصحيحة وخاصة بما يتعلق بحقوق الصغير.

2- أن تقوم المؤسسات الاجتماعية بتوعية الأبوين واوليائهما بحقوق الأطفال بعد فرقة الأبوين.

3- أن تضمن قانون الأحوال الشخصية التايلندي(القانون الإسلامي) نصوصاً تجيز اللجوء إلى وسائل إثبات الحديثة لحسم النزاع في قضايا النسب، وتمنع إعمالها في النسب ثابتاً شرعاً.

المراجع

أ- المراجع باللغة العربية :

إبراهيم أحمد عثمان،(1428هـ-2007م)، **دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية**، د.ط، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض-السعودية.

ابن أبي شيبة، أبو بكر عبدالله بن محمد بن إبراهيم(ت.235هـ)، (1429هـ-2008م)، **المصنف**، تحقيق : ابي محمد أسامة بن إبراهيم بن محمد، ط.1، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة.

ابن حبان، أبو حاتم محمد(ت.354هـ)، (1398هـ-1978م)، **الثقات**، ط.1، دائرة المعارف العثمانية.

ابن حجر، أحمد بن على العسقلاني(ت.852هـ)، (1426هـ-2005م)، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ط.1، تعليق : عبدالرحمن بن ناصر البراك، دارطيبة، الرياض-السعودية.

ابن حنبل، محمد(ت.241هـ)، (2008م-1429هـ)، **مسند الإمام أحمد بن حنبل** تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد(ت.456هـ)، (د.ت)، **الإحكام في أصول الأحكام**، د.ط، تحقيق: الشيخ أحمد محمد الشاكر، دار الآفاق الجديد، بيروت-لبنان.

ابن حزم، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد(ت.456هـ)، (1352هـ)، **المحلى**، ط.1، تحقيق : أحمد محمد شاكر، ادارة الطباعة المنيرية، مصر.

ابن رجب، زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين(ت.795هـ)، (1429هـ-2008م)، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم**، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، ط.1، دار ابن كثير، دمشق-بيروت.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، (1416هـ-1995م)، **شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط.1، تحقيق وتخريج : عبدالله العبادي، دار السلام، مصر.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد(ت.520هـ)، (1408هـ-1988م)، **المقدمات الممهدات**، ط.1، تحقيق : محمد حجي، دار الغرب الاسلامي، بيروت-لبنان.

إبن عابدين، محمد أمين، (1423هـ-2003م)، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، طبعة خاصة، دراسة وتحقيق وتعليق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار العالم للكتب، الرياض-السعودية.

ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبدالله(ت.463هـ)، (1414هـ)، **الاستذكار**، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي، ط.1، دار الواعى، القاهرة.

ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد(ت.620هـ)، (1417هـ-1997م)، **المغني**، ط3، تحقيق : عبدالله بن عبدالمحسن التركي وعبدالفتاح محمد الحلو، دار العالم للكتب، الرياض- السعودية.

ابن قدامة، موفق الدين(ت.620هـ)، (1418هـ-1997م)، **الكافي**، تحقيق : عبدالله بن عبد المحسن التركي، ط.1، هجر للنشر والتوزيع.

ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي(ت.751هـ)، (1425هـ-2005م)، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، ط1، تحقيق : عبدالرزاق، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان.

ابن القيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر(ت.751هـ)، (1432هـ-2000م)، **جامع الفقه**، حققه : يسري السيد محمد، ط.1، دار الوفاء، منصورة-مصر.

ابن كثير، عماد الدين اسماعيل عمر القرشي الشافعي(ت.774هـ)، (1420هـ-1999م)، **تفسير القرآن العظيم**، د.ط، حققه وخرج نصوصه وضبطه : حسان الجبالي، بيت الأفكار الدولية، الرياض- السعودية.

ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني(ت.273هـ)، (1417هـ-1997م)، **سنن ابن ماجة**، ط.1، حققه : محمد ناصرالدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية.

ابن الملقّن، سراج الدين أبو حفص(ت.804هـ)، (1425هـ-2004م)، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، المحقق : أحمد بن سليمان بن أيوب، ط.1، دار الهجرة، الرياض.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم(ت.318هـ)، (1420هـ-1999م)، **الإجماع**، ط.2، تحقيق : أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة.

ابن منظور، أبو الفصل جمال الدين محمد بن مكرم،(د.ت)، **لسان العرب**، د.ط، تحقيق : عبدالله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلى، دارالمعارف، القاهرة.

ابن الهمام، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد(ت.861هـ)، (1424هـ-2002م)، **شرح فتح القدير**، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

أبو جيب، سعدي، (د.ت)، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، ط.1 دار الفكر، دمشق -سورية.

أبو الحارث الغري، محمد صدقي بن أحمد البورنو، (1424هـ-2003م)، **موسوعة القواعد الفقهية**، ط.1، مؤسسة الرسالة، ، بيروت-لبنان.

أبو الخير، علي، (1416هـ-1995م)، **الواضح في فقه الإمام احمد**، ط.1، دار الخير.

أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني(ت.275هـ)، (1417هـ-1997م)، **سنن أبو داود**، تحقيق : محمد ناصر الدين الألباني، ط.1، مكتبة المعارق للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية.

أبو زهرة، محمد، (1957م)، **الأحوال الشخصية**، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر.

أبو سالم، عايدة سليمان، (1424هـ-2003م)، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني**(رسالة الماجستير)، جامعة الإسلامية بغزة، الفلسطين.

الألباني، محمد ناصر الدين، (1399هـ-1979م)، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، ط.1، المكتب الإسلامي، دمشق.

الألباني، محمد ناصر الدين، (1421هـ-2000م)، **صحيح الترغيب والترهيب**، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض.

الألباني، محمد ناصرالدين، (1419هـ)، **صحيح سنن أبي داود**، ط.1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،

الآمدي، علي بن محمد، (1424هـ-2003م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تعليق : عبدالرزاق عفيفي، ط.1. دار الصميعي، الرياض-السعودية.

البار، محمد علي، (1403هـ-1983م)، **خلق الإنسان بين الطب والقرآن**، ط.4، الدار السعودية.

البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر (ت.1221هـ)، (1416هـ-1996م)، **البجيرمي على الخطيب** ط.1، دارالكتب العلمية، بيروت-لبنان.

البخاري، محمد بن إسماعيل بن ابراهيم(ت.256)، (د.ت)، **التاريخ الكبير**.

البخاري، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل(ت.256هـ)، (د.ت)، **صحيح البخاري**، د.ط، بيت الأفكار الدولية، عمان-الأردن والرياض-السعودية.

بدير، فؤاد مرشد داؤود، (1422هـ-2001م)، **أحكام النسب في الفقه الإسلامي(رسالة ماجستير)**، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين.

البغدادي، عبدالرحمن شهاب الدين، (د.ت)، **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك**، ضبطه : يحيى مراد، د.ط، طبقا لقوانين الملكية الفكرية.

البغوي، أبو القاسم عبدالله بن محمد بن عبدالعزير(ت.217هـ)، (1421هـ-2000م)، **معجم الصحابة**، تحقيق : محمد الأمين بن محمد محمود أحمد الجكني، ط.1، دار البيان، الكويت.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس(ت.1051)، (1421هـ-2000م)،**شرح منتهى الإرادات**، ط1، تحقيق : عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان.

البهوتي، منصور بن يونس(ت.1051هـ)، (1429هـ-2008م)، **كشاف القناع عن الاقناع**، ط1، تحقيق وتخريج وتوثيق : لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل- السعودية.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي(ت.458هـ) (1424هـ-2003م)، **سنن الكبرى**، ط.3، تحقيق : محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

البوادى، حسنين المحمدى، (2005م)، **الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي**، د.ط، منشأة المعارف، الاسكندرية -مصر.

التبريزي، محمد بن عبدالله الخطيب، (د.ت)، **مشكاة المصابيح**، تحقيق : محمد ناصرالدين الألباني، ط.2، المكتب الإسلامي، بيروت.

الترمذي، محمد بن عيسى(ت.279هـ)، (د.ت)، **سنن الترمذي**، تحقيق :محمد ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض-السعوية.

تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، (1424هـ-02003م) **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي**، العدد16، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.

الجرجاني، على بن محمد، (1985هـ)، **كتاب التعريفات**، د.ط، مكتبة لنبان، بيروت.

الجصاص، أبو بكر أحمد بن على الرازي(ت.370هـ)، (1412هـ-1992م)، **أحكام القرآن**، د.ط، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، داراحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

الحاكم، أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، (1417هـ-1997م)، **المستدرك على الصحيحين**، ط.1، تحقيق : أبي عبدالرحمن مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة-مصر.

الحطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي(ت.954هـ)، (1423هـ-2003م)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، طبعة خاصة، حققه وضبطه وخرجه : الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض-السعودية.

الحلي، أحمد بن محمد بن إدريس، **التقرير الفقهي**، مركز ابن إدريس الحلى للدراسات الفقهية، 2007هـ-1438م، العدد1.

الخضري، محمد، (1389هـ-1969م)، **أصول الفقة**، ط.6، المكتبة التجارية الكبرى، المصر.

الخطيب، يحيى عبد الرحمن، (1418هـ-1998م)، **أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية**، ط. 1، دارالنفائس، عمان-الأردن.

الخن، مصطفى، والبغا، مصطفى، (1429هـ-2008)، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، ط.9، دار القلم، دمشق.

الدار قطني، علي بن عمر(ت.375هـ)، (1424هـ-2004م)، **سنن الدارقطني**، ط.1، تحقيق : شعيب الارناؤوط وحسن عبدالمنعم شلبي وسعيد اللحام، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان.

الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، (د.ت)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، د.ط، دارالمعارف، القاهرة-مصر.

الدريني، محمد فتحي، (1404هـ-1984م)، **الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده**، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان.

الدسوقي، شمس الدين محمد بن عرفة، (د.ت)، **حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير**، د.ط، بدان احياء الكتب العربية.

الدمياطي، أبو بكر بن محمد شطا، (1422هـ-2001م)، **إعانة الطالبين**، ط.1، تحقيق : محمد أبو فضيل عاشور، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

الرافعي، أبو قاسم عبدالكريم بن محمد(ت.623ه)، (1417ه-1997م)، **العزير شرح الوجير المعروف بالشرح الكبير**، تحقيق : الشيخ علي محمود معوض والشيخ عادل أحمد، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

الرفاعي، عبدالرحمن، (د.ت)، **البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي(دراسة فقهية مقارنة)**، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، مصر.

رضا، محمد الرشيد، (1366هـ-1947م)، **تفسير المنار**، ط.2، دار المنار، القاهرة.

الرواشدة، محمد أحمد عواد، (1997)، **كفالة الأطفال بعد الإنفاصال(رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون)**، جامعة أم درمان الإسلامية، جمهورية السودان.

الزحيلـي، محمـد مصـطفى، (1402هـ-1982م)، **وسـائل الاثبـات فـي الشـريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق-بيروت.

الزحيلي، وهبة الزحيلي، (1997م)، **الفقه الاسلامي وأدلته**، ط.4، دارالفكر، دمشق- سورية.

الزرقا، أحمد بن محمد(ت.1357)، (1409هـ-1989م)، **شرح القواعد الفقهية**، ط.2، دار القلم، دمش- السورية.

الزرقا، مصطفى احمد، (1420هـ-1999م)، **المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي**، ط1، دار القلم، دمشق-سورية.

الزِرِكْلي، خيرالدين، (2002م)، **الأعلام قاموس تراجم**، ط.15، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان.

زيدان، عبدالكريم، (1420هـ-2000م)، **المفصل في الأحكام المرأة وبيت المسلم**، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنا.

السبكي، تاج الدين أبو نصر عبدالوهاب(ت.771هـ)، (د.ت)، **طبقات الشافعية الكبرى**، تحقيق: محمود محمد الطناحى وعبدالفتاح محمد الحلو، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

السبيل، عمر بن محمد، (1423هـ-2002م)، **البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية(مجلة المجمع الفقهي الإسلامي)**، العدد15، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،

السرخسي، أحمد بن سهل، (1409هـ-1989م)، **المبسوط**، د.ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان.

السرطاوي، محمود،(1417هـ-1997م)، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط.1 دار الفكر، عمان- الارن.

السفاريني، شمس الدين محمد بن أحمد بن سالم(ت.1188هـ)، (2007هـ-1428م)، **كشف اللِثَام شرح عمدة الأحكام**، تحقيق : نورالدين طالب، ط.1، مكتبة الشؤون الفنية، الكويت.

السندي، حسن بن خالد حسن، (1429هـ)، **عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال(مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية)** د.ط. السعودية.

السيوطي، جلال الدين بن عبدالرحن(ت.911هـ)، (1418هـ–1997م)، **الأشباه والنظائر**، ط.2، مكتبة نزار مصطفى البار، مكة المكرمة.

السيوطي، جلال الدين(ت.911هـ)، (1420هـ–2000م)، **شرح الكوكب الساطع**، د.ط، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوى، مكتبة الإيمان للطبع والنشروالتوزيع، المنصورة–مصر.

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الخمي(ت.790)، (1417هـ–1997م)، **الموافقات**، ط.1، دار عفان، السعودية.

الشافعي، محمد بن إدريس(ت.204هـ)، (1422هـ–2001م)، **الأم**، ط1، تحقيق : رفعت فوزي عبدالمطلب، دار الوفاء، المنصورة–المصر.

شبير، محمد عثمان، (1422هـ–2001م)، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي**، ط4، دارالنفائس، عمان– الارن.

الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، (1418هـ–1997م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج**، ط1، تحقيق : محمد خليل عيتاني، دارالمعرفة، بيروت–لبنان.

الشوكاني، محمد بن على بن محمد(ت.1250هـ)، (2004م)، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، د.ط، بيت الأفكار الدولية، لبنان.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف(ت.476هـ)، (1416هـ–1995م)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ط.1، ضبطه وصحته زكريا عميرات، دارالكتب العملية، بيروت–لنبان.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل، (1421هـ)، **سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام**، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ط.2، دار ابن الجوزي، السعودية.

عابدين، محمد أحمد، (د.ت)، **الشهادة في المواد الجنائية والمدنية والشرعية وشهادة الزور**، د.ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية–مصر.

عبدالله، سمر خليل محمود،(2003م)، **حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية**، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع (ت.211هـ)، (1421هـ-200م)، **المصنف**، تحقيق : أيمن نصرالدين، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لنبان.

عزايرة، عدنان حسن، (د.ت)، **حجية القرائن في الشريعة الإسلامية**، ط.1، دار عمار، عمان-الأردن.

العدوي، على بن أحمد الصعيدي(ت.1189هـ)، (د.ت)، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، د.ط، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.

العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخيرالدين سالم(ت.558هـ)، (1421هـ-2000م)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ط1، تحقيق : قاسم محمد النوري، دار المنهاج، بيروت-لنان.

العيني، أبو محمد بن أحمد، (1411هـ-1990م)، **البناية في شرح الهداية**، ط.2، دار الفكر، بيروت-لبنان.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد(ت.505هـ)، (د.ت)، **المستصفى من علم الأصول** تحقيق : حمزة بن زهير حافظ.

الغزالي، محمد بن محمد(ت.505هـ)، (1417هـ-1997م)، **الوسيط في المذهب**، حققه : محمد محمد تامر، ط.1، دار السلام، القاهرة.

الغرياني، الصادق عبدالرحمن، (1423هـ-2002م)، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ط.1، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان.

الفلاحي، هاشم محمد علي، (1431هـ-2010م)، **حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية**، د.ط، وزارة العدل المعهد العالي للقضاء الإدارة العامة للبحوث، الجمهورية اليمنية.

الفيرو زآبادي، مجدالدين محمد بن يعقوب(ت.817هـ)، (1399هـ-1979م)، **القاموس المحيط**، د.ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر.

الفيومي، أحمد بن علي، (ت.770هـ)، (1987م)، **المصباح المنير**، د.ط، مكتبة لنبان، بيروت- لبنان.

القرافي، شهاب الدين أحمد إدريس(ت.684هـ)، (1994م)، **الذخيرة**، ط.1، تحقيق : محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت–لنبان.

القرة داغي، علي محيي الدين، (1424هـ–2003م)، **البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي(مجلة المجمع الفقهي الإسلامي)**، العدد16، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.

القرشي، محيي الدين أبو محمد عبدالقادر بن محمد بن محمد الحنفي(ت.775هـ)، (1398هـ–1978م)، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، تحقيق : عبدالفتاح محمد الحلو، ط.1، دار إحياء الكتب العربية، جيزة–مصر.

القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد، (1423هـ–2003م)، **الجامع الأحكام القرآن**، د.ط، أعتنى به وصححة : الشيخ هشام سمير البخاري، دارعالم الكتب، الرياض.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود(ت.587هـ)، (1406هـ–1987م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت–لنبان.

كحالة، عمر رضا، (1414هـ–1993م)، **معجم المؤلفين**، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت–لبنان.

الكزنى، محمد أحمد، (د.ت)، **نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، د.ط، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة–مصر.

الكعبي، خليفة علي، (2004م)، **البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية**، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية–مصر.

كنعان، أحمد محمد، (1420هـ–200م)، **الموسوعة الطبية الفقهية**، ط.1، دارالنفاس، بيروت–لنبان.

مالك، بن أنس الأصبحي(ت.179هـ)، (1415هـ–1994م)، **المدونة الكبرى**، ط1، الدارالكتب العلمية، بيروت–لبنان.

الماوردي، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب، (1414هـ–1994م)، **الحاوي الكبير**، ط.1، تحقيق : الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود، دارالكتب العلمية، بيروت–لبنان.

مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، (1425هـ-2004م)، **المعجم الوسيط،** ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر.

مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (1400هـ-1980م)، **المعجم الوجيز**، ط.1، الدار السندسية، مصر.

المحلّي، جلال الدين محمد بن أحمد(ت.864ه)، (1417هـ-1996م)، **شرح الورقات في علم أصول الفقه**، محققه : أبو عائش عند المنعم، ط.1، مكتبة نزار مصطفى البار، مكلة المكرمة.

المرزوقي، عائشة سلطان ابراهيم، (1421هـ- 2000م)، **إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة (رسالة دكتوراه)**، جامعة القاهرة –كلية الشريعة الإسلامية، القاهرة –مصر.

المزغني، رضا، (1305هـ-1985م)، **أحكام الإثبات**، د.ط، معهد الإدارة العامة، السعودية.

المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت.593هـ)، (د.ت)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، د.ط. دار الفكر، لبنان.

المطيعي، محمد نجيب، (د.ت)، **تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازي**، مكتبة الأرشاد، جدة- السعودية.

الموصلي، عبدالله بن محمود(ت.683هـ)، (1430هـ-2009م)، **الاختيار لتعليل المختار**، حققه وضبطه : أحمد محمد برهوم وعبداللطيف حرز الله، ط.1، دار الرسالة العالمية، دمشق.

النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي(ت.303هـ) (1417هـ-1997م)، **سنن النسائي**، ط.1، تحقيق : محمد ناصرالدين الألباني، مكتبة المعارق للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية.

نظام وجماعة من علماء الهند، (1421هـ-2000م)، **الفتاوي الهندية المعرفة بالفتاوى العالمكيرية**، ط1، ظبطه وصححه : عبداللطيف حسن عبدالرحمن، دارالكتب العلمية، بيروت- لبنان.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف(ت.676هـ)، (د.ت)، **تهذيب الأسماء واللغات**، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان.

النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف(ت.676هـ)، (1423هـ–2003م)، **روضة الطالبين**، طبعة خاصة، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دارعالم الكتب، الرياض–السعودية.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف(ت.676هـ)، (1347هـ–1929م)، **صحيح مسلم بشرح النووي**، ط1، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة–مصر.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (د.ت)، **المجموع شرح المهذب للشيرازي**، د.ط، تحقيق : محمد نجيب المطيعى، مكتبة الأرشاد، جدة– السعودية.

النووي، يحيى بن الشرف(ت.6776هـ)، **منهاج الطالبين**، ط.1، دار المنهاج، لبنان–بيروت، 1426هـ–2005م، ص464–465.

هلالي، سعد الدين مسعد، (1421هـ–2001م)، **البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة**، ط.1، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، الكويت.

واصل، نصر فريد، (1425هـ–2004م)، **البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها(مجلة المجمع الفقهي الإسلامي)**، العدد17، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، (1404هـ–1983م)، **الموسوعة الفقهية الكويتية، ط.2، طباعة ذات السلاسل– الكويت.**

وفاء حمزة فهرس، (د.ت)، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الاسلامي**، ط.1، دار القاهرة، القاهرة–مصر.

اليوبي، محمد سعد بن أحمد بن مسعود، (1419هـ–1998م)، **مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقاتها بالأدلة الشرعية**، ط.1، دار الهجرة، الرياض–السعودية.

http://wahat.sahara.com/showthread.php?t=26919

http://sonofalgeria.blogspot.com/2011/07/blog-post_9064.html

ب- المراجع باللغة التايلندية :

فانيا سوتيبادي، (2541ب-1998م)، **قانون الإثبات**، ط.2، جامعة رام كام هانج(.Ramkhamhaeng University Press)، بانكوك، التايلند.

دين تؤ مينا، القانون الإسلامي، (1989م)، (**ISLAMIC LAW**)، ط.4، جامعة رام كام هانخ، بابكوك، التايلند.

اسماعيل علي، (2547ب-2004م)، **قانون الأسرة الإسلامي(بشرح القانون الإسلامي التايلندي في الأسرة والمواريث)**، ط2، كلية الإسلامية (قسم القانون الإسلامي)، جامعة أمير سونغكلا، الفرع الفطاني، التايلند.

Peechai Bunsan and Achalee Tasnajon(2008), **DNA Fingerpriting**, Nation Science and Technolog Deevelopment Agency, Patumtani –Thailand

http://www.peesirilaw.com/

http://rirs3.royin.go.th/

الملحق (أ)

فهرس الآيات القرآنية

العدد	الآية	السورة ورقم الآية	صفحة
.1	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة:228	1
.2	﴿تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾	البقرة:229.	157
.3	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ..﴾	البقرة:233	21
.4	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾	البقرة:233	106
.5	﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾	البقرة:282	145
.6	﴿ذَلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾	آل عمران:44	15
.7	﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾	النساء:1	100
.8	﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً* وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾	النساء:5-6	54
.9	﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾	النساء:6	52
.10	﴿وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾	النساء:23	64

.11	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾	النساء:34	1
.12	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾	النساء:135	138
.13	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾	النساء:141	56
.14	﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾	التوبة:71	60
.15	﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾	التوبة:115	156
.16	﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾	يوسف:82	116
.17	﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَجَعَلَ لَكُم مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾	النحل:72	116
.18	﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً*وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَيَانِي صَغِيراً﴾	الإسراء:23-24	15
.19	﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزنى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً﴾	الإسراء:32	104
.20	﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾	الإسراء:36	149
.21	﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾	النور:3	104
.22	﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾	لقمان:14	105
.23	﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾	لقمان:14	106

.24	﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ*ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ﴾	الاحزاب:4-5	106
.25	﴿ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾	الاحزاب:5	104
.26	﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾	الاحزاب:5	159
.27	﴿وَأَمَّا ثَمُودُ فَهَدَيْنَاهُمْ فَاسْتَحَبُّوا الْعَمَى عَلَى الْهُدَى﴾	فصلت:17	156
.28	﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾	الأحقاق:15	105
.29	﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾	الأحقاق:15	106
.30	﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾	الحجرات:13	100، 102
.31	﴿وفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلا تُبْصِرُونَ﴾	الذاريات:21	157
.32	﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾	الطلاق:1	82
.33	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾	الطلاق:6	80

الملحق (ب)
فهرس الأحاديث والآثار

الرقم	الحديث	التخريج والرقم الحديث	الصفحة
.1	((ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا)).	رواه الترمذي :1163	1
.2	((ألم تري أن مجزراً نظرا آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة ابن زيد، فقال إن بعض هذه الأقدام لمن بعض)).	رواه البخاري:6770؛ ورواه مسلم:1459	147، 167
.3	((أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي)).	رواه أحمد: 6878؛ ورواه أبو داود 2276	16، 34
.4	((أنت ومالك لأبيك)).	رواه ابن ماجة: 2291	134
.5	أن أبا بكر رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر بن الخطاب لأمه ما لم يشب أو تتزوج	رواه البيهقي:19541	87
.6	"إن امرأة جاءت فقالت : يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((استهما عليه))، فقال زوجها من يُحاقُّني في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ((هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت))، فأخذ بيد أمه فانطلقت به".	رواه أبوداود،: 2277؛ ورواه النسائي: 3496	91
.7	"إن ريحها وحجرها وفراشها خير له منك حتى يشب و يختار لنفسه".	رواه ابن أبو شيبة 19451:	63
.8	((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه)).	رواه الترمذي:1357؛ وراوه ابن ماجه:2351	91
.9	((أن عربياً آتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى ولدت غلاماً أسود واني انكرته، فقال له رسول الله صلى الله عليه	رواه البخاري: 7314؛ ورواه مسلم: 1500	149

	وسلم : هل لك من إبل؟ قال : نعم، قال: فما ألوانها؟ قال : حُمْر، قال : هل فيها من أَوْرَقَ؟ قال : ان فيها أورقا، قال : فأنى تُرى ذلك جاءها؟ قال : يا رسول الله عرق نزعها، قال : ولعل هذا عرق نزعه ولم يرخص له في الانتفاء منه)).		
.10	أن عمر بن الخطاب كان يُليط أولاد الجاهلِية بمن ادعاهم فى الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدّعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفًا فنظر إليهما فقال : القائف لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بن الخطاب بالدِّرَّة، ثم دعا المرأة...	رواه مالك: 2738	148
.11	((أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة)).	رواه الدارقطني:.4556	111
.12	"إني حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لا يزيد المرأة على حملها عن سنتين قدر ظل المغزل، فقال : سبحان الله من يقول هذا؟ هذا جارتنا امرأة محمد عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين".	رواه البيهقي:15553	108
.13	((أيّما إمرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يُدخلها الله جنته)).	رواه أبو داود:2263؛ ورواه النسائي:3481؛ ورواه الحاكم،:2873	104
.14	((البيّنة على المدّعي)).	رواه البيهقي: 21201	143
.15	((تعلموا من انسابكم ما تصلون به أرحامكم)).	رواه الترمذي: 1979	100

.16	(الخالة بمنزلة الأم).	رواه البخاري: 4251	44،36
.17	((خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البِكْر بالبِكْر جَلْدُ مائة ونَفْيُ سنة والثيّب بالثيّب، جَلد مائة والرجم)).	رواه مسلم:1690	104
.18	((رُفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلِم، وعن المجنون حتى يعقل)).	رواه ابو داود: 4403	53،52
.19	((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو حل حراماً)).	رواه الترمذي:1352؛ ورواه ابن ماجه:2354	166
.20	((فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل)).	رواه مسلم: 132	112، 145
.21	فقال على بن أبي طالب رضي الله عنه: "ليس ذلك عليها قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾{الأحقاق:15}، وقال : ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾{لقمان:14}، وقال تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ {البقرة :233}...	رواه البيهقي: 15551؛ ورواه عبدالرزاف: 13513؛ ورواه الحاكم: 3167	106
.22	"قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال : يا رسول الله إن أنساً غلام كَيِّسٌ فليَخْدُمْك، قال : فخَدَمْته في السفر والحضر".	رواه البخاري:2768	64
.23	((لا ضرر ولا ضرار)).	رواه ابن ماجة:2340	155

.24	((لا نكاحَ إلا بولي وشاهِدَي عدل)).	رواه أبو داود: 2085	145
.25	((لا يرث المسلم الكافر)).	رواه البخاري:6764؛ ورواه مسلم: 1614	152
.26	لأن علياً رضى الله عنه خير عُمارة الجرمي بين أمه وعمه، ولأنه عصبة، فأشبه الأب.	رواه البيهقي:15761	92
.27	لعن النبي صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه.	رواه مسلم:1370	139
.28	((ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عافية فاقبلوا من الله العافية فإن الله لم يكن نسيا)).	رواه البيهقي:19724	156
.29	"ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل".	رواه البيهقي:15552	107
.30	((مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين)).	رواه أبو داود : 495	87
.31	((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)).	رواه البخاري:2697	157
.32	((من أدعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام)).	رواه البخاري:4326-4327، ورواه مسلم:114-115	103
.33	((من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه أحبته يوم القيامة)).	رواه الترمذي : 1566	57
.34	((واغْدُ يا أُنَيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)).	رواه البخاري: 2314؛ ورواه مسلم: 1698	138
.35	((الولد للفراش وللعاهر الحجر)).	رواه البخاري:2750؛ ورواه مسلم: 1458	115، 116
.36	"وأما الجارية فاقضي بها لجعفر، تكون مع	رواه أبو داود:2278	65

	خالتها، وإنما الخالة أم".		
.37	((وأيّما رجل حَجَد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله تعالى منه، وفضّحه على رؤوس الأولين والآخرين)).	رواه أبو داود:2263؛ ورواه النسائي: 3481	103
.38	((يا غلام سمِّ الله وكل بيمينك وكل مما يليك)).	رواه البخاري:53764؛ ورواه مسلم: 2022	60

الملحق (ج)

فهرس الأعلام

.26	الغرالي	20
.27	الكاساني	129
.28	كنعان	110
.29	مالك.	41
.30	الماوردي	54
.31	محمد	35
.32	محمد بن عبدالحكم	108
.33	المرغيناني	25
.34	الهندواني	26

الملحق (د)

فهرس القانون الأحوال الشخصية الإسلامي التايلندي

فصل : الولي والنسب.

البند الأول : الولد.

المادة 167 : لا ينسب الولد لرجل إذا دخل بامرأة في حالات :

(1) إذا دخل رجل بامرأة :

أ. بدون عقد نكاح، أو طلقها بعد عقد نكاح ولم يراجعها بالقول، إلا في حالة وطء بشبهة فيلحق به.

ب. أو نكاح باطل، وامرأة حامل من هذا اللقاء.

(2) أن الولد الذي يولد قبل ستة أشهر بعد عقد نكاح ولقاء.

المادة 168 : وفي التبني، لا ينسب الولد إليه.

البند الثاني : الولاية والحضانة.

المادة 169 : يشترط فيمن يستحق الولاية والحضانة أن تتحقق فيه الشروط التالية:-

1. الاسلام.
2. العدالة.
3. العقل.
4. أن يكون في نفس بلد عاجز أو صغير.
5. أن يكون حرا.
6. أن لا يكون مريضا بأمراض مذكورة في المادة 111 (1).
7. أن يكون بصيرا.

المادة 170 : حق الولاية على عاجز وصغير لأب، فإن لم يكن أو يفقد الشروط فجد، فإن لم يكن أو يفقد الشروط ينتقل إلى أم، ويحق لمن له حق الرعاية أن يتنازل عنه لآخر إذا كان صالحا، وإذا لم يوجد أو لم يكن صالحا للرعاية، فيحق لهم أو محام عام رفع دعوى لدى القاضي لنصب الوالى أو خلعه ونصب آخر مقامه.

المادة 171 : على الولي تسليم الولد لمن له حق الحضانة، وعلى الولي النفقة وصدقة فطر عنه مقدارها الأرز 4 لتر.

والنفقة وصدقة الفطر تخرج من ماله إن كان لولد مال، فإن لم يكن معه مال فعلى وليه.

وإذا وجبت زكاة على عاجز أو صغير، فيجب على الولي إخراجها من مالهما.

المادة 172 : الأم لها حق الحضانة وتنتهي ببلوغ الصغير أو أن يصبح العاجز قادرا، إلا؛

(1) أن تتزوج من غير أبيه، والزوج ليس رحماً محرماً من الصغير والعاجز.

(2) فقد شروط الحضانة.

(3) انتقال الحاضنة إلى غير بلد المحضون.

(4) عدم قدرة الحاضنة على القيام بواجب الحضانة.

(5) أن تكون مفقودة.

(6) وفاة الحاضنة.

وللأسباب المذكورة ينتقل حق الحضانة لمن يليها على الترتيب التالي:

(1) جدة (أم الأم).

(2) ثم أب.

(3) ثم أم الأب.

(4) ثم أخوات.

(5) ثم أخت لأم(الخالة).

(6) ثم بنت الأخت.

(7) ثم بنت الأخ.

(8) ثم عمة الصغير.

(9) العصبات أو من له نصيب في الميراث الأقرب فالأقرب.

فإذا رفض الحضانة من له ذلك انتقلت إلى من يليه، وإذا رغب فيها الأب يخير إن اختار الأب يدفع إليه، وإذا اختار الأب والأم أو الجدة يقرع بينهما، ((إذا لم يختر واحد منهما–أي الأب والأم– أو اختارهما معا، قدم أحدهما بالقرعة)).

وإذا اختار الأب يحق للأم أو الجدة أن تزوره وعليها الالتزام بالآداب الشرعية لانتهاء الزوجية، وإذا مرض الولد ولم يرض الأب لأم المحضون أو جدته التمريض يحق للأم أو الجدة أن تأخذه إلى بيتها للتمريض إذا كان سكنها لم يبعد عن بيته أكثر من امكان زيارته له عادة.

المادة 173 : وإذا تعدد وتساوى من له حق الحضانة في المرتبة الواحدة؛

(1) والنزاع قائم، يقرع بينهم.

(2) والأقارب لأبوين أحق من الأقارب لأب.

المـادة 174 : إذا طلقت الأم أو زال المـانع عمـن فقد الحضـانة بسـببه، يعـود حـق الحضانة إليها.

المـادة 175 : إذا سافر من لـه الحضـانة والولايـة ويتضـرر الصـبي لسفره معـه، يـدفع لمن يليه إذا كان مقيما.

المـادة 176 : إذا انتقل من لـه الحضـانة من البلد يحـق لـه الانتقـال مـع الصـغير أو العاجز؛ إلا إذا كان يؤدي إلى انحرافهما فلا يحق له ذلك.

المـادة 177 : يحق لمن لـه حق الحضـانة منـع صـغيرة أوعـاجزة زيـارة وليهـا، إذا كـان وليها لم يلتزم تسليمها إليه.

المـادة 178 : إذا مـات العاجز أو الصـغير، فعلـى الولـي تجهيز الميت ودفنـه فـي أي مقبرة شاء، وعليه أجرة التجهيز إذا لم يكن لهما تركة.

البند الثالث : أجرة الحضانة وأجرة الرضاع.

المادة 179 : يحق لزوجـة أخذ أجرة الحضـانة وأجرة الرضـاع من زوجهـا بعد إعلامـه إياها.

المادة 180 : إلا أن يتفقا على غير ذلك، وحقها في الأجرة لم ينته إلا؛

(1) إذا اكتمل الولد سنتين (في حالة طلب أجرة الرضـاع).

(2) إذا اكتمل الولد سبع سنوات (في حالة طلب أجرة الحضـانة).

المادة 181 : يحق لزوج أن يدفع الولد لإرضـاع من أخرى غير الزوجة إذا كانت:

(1) سليمة من أمراض مضرة بالولد.

(2) لبنها كلبن الزوجة.

(3) متبرعة أو طلبت أجرة أقل من الزوجة.

وهذه الحـالات لا يحق للزوجة مطالبة أجرة الرضـاع منه.

المـادة 182 : إذا رضـيت الزوجـة أو امرأة أخرى إرضـاع الولـد ولـم تطلبـا الأجرة ولـم يضر لبنهما الولد.

المادة 183 : وفي تقدير أجرة الرضاع وأجرة الحضانة.

(1) إذا اتفق الزوجان على شئ فعلى ذلك.

(2) وإن لم يكن، فيرجع إلى القاضي في التقدير.

السيرة الذاتية

الإسم : عبدالله حاج يعقوب صبري بن داود.

الكلية : الشريعة الإسلامية.

التخصص : الفقه وأصوله.

السنة : **2012**.

البريد الإلكتروني: pd_arab@hotmail.com